

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL

NATALI SEUNG JIN CHUNG

A APLICAÇÃO DA PENA CONVENCIONAL PELO PODER JUDICIÁRIO
EM CONTRATOS DE FRANQUIA

SÃO PAULO
2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL

NATALI SEUNG JIN CHUNG

A APLICAÇÃO DA PENA CONVENCIONAL PELO PODER JUDICIÁRIO
EM CONTRATOS DE FRANQUIA

Trabalho de conclusão de curso como exigência para pós-graduação no curso de Especialização em Direito Contratual, sob orientação da Prof.^a Karla Cristina França Castro.

SÃO PAULO
2016

RESUMO

O trabalho em epígrafe tratou da aplicação da pena convencional, pelo Poder Judiciário, em casos de descumprimento das cláusulas de confidencialidade e interdição de concorrência em contratos de *franchising*. Este assunto foi escolhido para se analisar a adequação dos parâmetros que foram adotados nos julgamentos proferidos no sentido de determinar a redução da pena convencional, que havia sido previamente estipulada pelas partes para a hipótese de ocorrência de descumprimento dessas cláusulas. Discorreu-se sobre a relação jurídica na qual tais cláusulas foram instituídas, ressaltando-se que a pena convencional havia sido formada pelas partes de modo a garantir a obrigação contida nessas cláusulas, as quais guardam caráter de obrigação autônoma. Frisou-se que essas cláusulas carregam a finalidade essencial de proteção do know-how compartilhado pela rede franqueada. Acórdãos sobre o assunto foram analisados para se observar os parâmetros que são adotados para se decidir sobre a aplicação da pena convencional para as hipóteses compreendidas neste estudo. Desse modo, constatou-se que a efetividade da pena convencional é suscetível de ser neutralizada, por meio de julgamentos judiciais que desconsiderem a relação que tal penalidade possui com o know-how que movimenta a rede franqueada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. KNOW-HOW EM CONTRATOS DE FRANQUIA	10
1.1. A FRANQUIA EMPRESARIAL.....	10
1.2. O COMPARTILHAMENTO DO KNOW-HOW DE FORMA RESTRITA.....	14
1.3. CLÁUSULAS DE CONFIDENCIALIDADE E DE INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE CONCORRÊNCIA	16
2. A CLÁUSULA PENAL ESPECÍFICA.....	21
2.1. CLÁUSULA PENAL ESPECÍFICA COMO OBRIGAÇÃO AUTÔNOMA NA RELAÇÃO DE FRANQUIA	21
2.2. CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DO VALOR DA MULTA NA CLÁUSULA PENAL ESPECÍFICA	26
3. INTERPRETAÇÃO ADOTADA PELO JUDICIÁRIO À APLICAÇÃO DA PENA CONVENCIONAL	30
3.1. TEOR DOS ACÓRDÃOS	30
3.2. ESTATÍSTICAS.....	36
4. APLICAÇÃO DA PENA CONVENCIONAL ESPECÍFICA AO KNOW HOW PELO PODER JUDICIÁRIO.....	37
4.1. A LIMITAÇÃO PRESENTE NO ARTIGO 412 DO CÓDIGO CIVIL	37
4.2. A REDUÇÃO EQUITATIVA PREVISTA PELO ART. 413 DO CÓDIGO CIVIL	41
4.3. PARÂMETROS PARA ANÁLISE DA PENA CONVENCIONAL	45
CONCLUSÃO	47
BIBLIOGRAFIA	48
ANEXOS	50

INTRODUÇÃO

O teor de uma sentença que reconheceu ter havido, de forma deliberada, o descumprimento das cláusulas de confidencialidade e interdição de concorrência, pela parte que havia se obrigado a tais obrigações em uma relação de franquia, e determinou a aplicação das respectivas penas contratuais de forma atenuada suscitou este trabalho.

No caso, que será tratado novamente no item 1.3 desta pesquisa, o ex-franqueado de uma rede de franquia de serviços de lavanderia firmou contrato de Compra e Venda de Equipamentos, e Assessoria Técnica/Gerencial com terceiro, concorrendo indiretamente com a franqueadora e compartilhando as técnicas e procedimentos que lhe haviam sido transmitidos em caráter confidencial.

Tal julgamento foi fundamentado na disposição dos artigos 412 e 413 do Código Civil, para determinar a redução do valor das penalidades, por observar que são excessivas e destoam do princípio da equidade.

Ocorre que a redução foi aplicada por se adotar como obrigação principal do contrato de franquia a obrigação de pagamento da taxa inicial, levando-se em consideração a necessidade de não se permitir o enriquecimento sem causa e ressaltando-se a função social do contrato, a equidade, a duração do contrato e os resultados insatisfatórios obtidos.

O que levanta a questão sobre os julgamentos realizados com fundamento nesses argumentos. Este é o tema que será tratado no presente trabalho, com base na análise de julgamentos de casos concretos.

Desse modo, foram verificados os fundamentos com base nos quais os julgamentos acerca do tema em questão são realizados, para se analisar se são feitos de forma adequada ao contexto no qual são proferidos.

A pesquisa foi realizada mediante coleta de jurisprudência; análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais e pesquisa bibliográfica sobre o tema; e pelo

método de abordagem dedutiva, observando-se os julgados acerca do tema, para, então, se identificar sua adequação.

A análise de casos concretos foi realizada com base em pesquisa de julgamentos de recursos de Apelação proferidos pelos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio de Janeiro, fazendo-se busca online pelos sites destes tribunais, relacionando os seguintes termos: franquias, *franchising*, pena, multa, convencional, interdição, concorrência, quarentena, confidencialidade e sigilo.

Esta pesquisa resultou em 14 acórdãos de recursos de Apelação, dos quais apenas um pertence ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, proferidos entre os anos de 2008 e 2015.

A baixa quantidade de processos acerca da pretensão de se exigir a aplicação da pena convencional relativa a cláusulas de confidencialidade e de interdição de concorrência em contratos de franquias pode decorrer da prática de incluir, a negócios dessa natureza, a cláusula de compromissória, mediante a qual as partes interessadas optam por submeter ao juízo arbitral a solução de eventuais litígios que envolvam a relação de franquias.

A coleta de jurisprudência resultou na tabela abaixo organizada em ordem cronológica crescente:

ACÓRDÃOS

recurso de Apelação	juízo	valor contratual	taxa de franquia	entendimento do Judiciário
9108453- 92.2007.8.26.0000	26/03/08	R\$ 60.000,00		reduzida para o valor de R\$35.000,00 (art. 413 CC)
9126557- 64.2009.8.26.0000	02/12/09	R\$ 60.000,00		aplicada integralmente
0064569- 42.2008.8.26.0224	19/05/10	R\$60.000,00		aplicada integralmente
0120411- 68.2006.8.26.0000	04/10/11	R\$ 50.000,00		aplicada integralmente
0008489- 18.2009.8.26.0032	08/11/11	R\$ 200.000,00	(obrigação principal: R\$60.000,00 em produtos e instalações)	reduzida para o valor de R\$20.000,00 (art. 413 CC)
0028009- 84.2008.8.26.0068	14/02/12	R\$ 200.000,00	R\$ 20.000,00	reduzida para o valor da taxa de franquias (arts. 412 e 413 CC)
0117238- 03.2006.8.26.0011	04/03/13	R\$ 15.076,68		aplicada integralmente
9185234- 87.2009.8.26.0000	27/06/13	R\$ 150.000,00	R\$ 30.000,00	aplicada integralmente
0132903- 60.2001.8.19.0001	21/08/13	R\$30.000,00	R\$ 30.000,00	pena convencional geral e equivalente ao valor da taxa inicial e aplicada integralmente para a concorrência indevida
0114343- 69.2006.8.26.0011	17/09/13	R\$ 50.000,00		aplicada integralmente
0135844- 72.2007.8.26.0002	28/11/13	R\$ 60.000,00		aplicada integralmente
0019134- 28.2008.8.26.0068	09/12/13	R\$ 450.000,00	R\$ 45.000,00	reduzida para o valor da taxa de franquias (art. 412 CC)
0119030- 06.2012.8.26.0100	03/02/15	R\$ 114.000,00 e R\$ 380.000,00	R\$ 38.000,00	reduzida para 30% e 100% do valor da taxa de franquias (art. 413 CC)
1025962- 14.2014.8.26.0100	10/04/15	R\$ 100.000,00		aplicada integralmente

Inicialmente, no primeiro capítulo serão tratados a relação de franquias, o compartilhamento de know-how na rede franqueada e as cláusulas de confidencialidade e interdição de concorrência.

No segundo capítulo, serão discutidos o caráter de obrigação autônoma de tais cláusulas nos contratos de franquia, e o critério de fixação do valor das penalidades para a hipótese de descumprimento das mesmas.

Em seguida, no terceiro capítulo, serão apresentadas decisões judiciais proferidas sobre a pretensão de aplicação da multa contratual em casos de descumprimento dessas cláusulas.

No quarto capítulo, irá se discutir a respeito dos parâmetros adotados pelo Poder Judiciário para aplicação da penalidade em apreço, discorrendo-se sobre a relação que guardam com o objeto das cláusulas para as quais tal penalidade foi instituída.

1. KNOW-HOW EM CONTRATOS DE FRANQUIA

1.1. A franquia empresarial

A franquia empresarial é um instituto jurídico que pode ser considerada uma parceria entre empresas e funciona como verdadeiro canal de distribuição de uma rede franqueada. Tratando-se de um contrato bilateral, ambas as partes possuem obrigações mútuas, decorrentes do consenso estabelecido para a formação da relação.

Por meio de tal instituto, uma empresa, inicialmente desprovida de conhecimento prévio em determinado segmento, pode se inserir no mercado suportando um risco de negócio em patamar inferior àquele que teria se tivesse optado por empreender criando um novo modelo de business.

Segundo Diniz (2013, p. 73), o *franchising* tem grande utilidade como forma de descentralizar o capital, que antes estaria somente restrito ao patrimônio do franqueador, e como elemento de fomento ao empreendedorismo; sendo vantajoso para ambas as partes envolvidas, por proporcionar a expansão dos negócios do franqueador com baixo investimento e risco, e, paralelamente, conferir ao franqueado a oportunidade de ser dono de sua empresa, também com riscos menores, em razão de contar com o know-how desenvolvido e detido pelo proprietário de uma grande marca.

A relação contratual de franquia estabelece a transferência de tecnologia entre o detentor de propriedade industrial e outra pessoa jurídica, a qual pretende comercializar produtos ou prestar serviços diretamente ao público, mediante um sistema desenvolvido e consolidado por aquele. Sob o ponto de vista jurídico, a franquia enquadra-se amplamente como contrato de transferência de tecnologia (ROQUE, 2012).

Uma franquia é um contrato entre dois agentes no qual um (o franqueador) vende o direito de uso de uma marca, um produto, métodos de negócio e,

frequentemente, know-how a outro agente (o franqueado), em troca de uma combinação de taxas (PFISTER, DEFFAINS, DORIAT-DUBAN, SAUSSIER, 2006).

As duas partes relacionam-se somente mediante contratos empresariais, inexistindo vínculo de trabalho entre as duas empresas independentes, que atuam como sócias do empreendimento conjunto.

Em decorrência da franquia avençada, permite-se que o novo integrante da rede use os direitos das marcas, nome de produtos, sistema de produção e comercialização, expressões ou sinais de propaganda, logotipo, sistema operacional e administrativo, métodos de trabalho e projeto de instalações. O direito de uso de todos esses elementos de propriedade intelectual pode ser concedido ao franqueado, para que o exerça durante a vigência do negócio.

As partes praticam atos encadeados para formar atividade econômica organizada com a finalidade de produzir bens e obter lucro, cada uma com os seus respectivos direitos e obrigações.

Inicialmente, há a oferta de franquia, mediante a apresentação de um documento denominado Circular de Oferta de Franquia (COF) ao candidato a integrar a rede. Tal documento apresenta a essência do *franchising*, o histórico do franqueador, o perfil financeiro e pessoal do franqueado, e sintetiza os direitos e obrigações, contratuais e pós-contratuais, que são estabelecidas entre os contratantes.

Em relação a este documento a Lei nº 8.955/94, em seu artigo 3º, preocupou-se em exigir menção a um rol mínimo de informações, dos quais se destacam, em razão de tratarem do know-how que é compartilhado pela rede com restrições de uso: i) a especificação da remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador; ii) a indicação do que é oferecido como supervisão de rede e serviços de orientação, treinamento, manuais de franquia, auxílio na escolha do ponto no qual a unidade será instalada; iii) a situação do franqueado, após o término da relação de franquia, em relação ao know-how ou segredo de indústria, e implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador; e iv) modelo de contrato-padrão e, se adotado, do pré-contrato padrão de franquia, com texto completo e prazo de validade.

A entrega da Circular ao franqueado deve ser realizada no mínimo de dez dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia. Esta é uma obrigação estabelecida por referida lei, como forma de garantir que o candidato seja amplamente informado acerca das condições que lhe são oferecidas pela franquia, antes de adentrá-la.

Essa exigência visa assegurar que as relações de franquia sejam estabelecidas de forma transparente, destinando ao interessado a integrar a rede a gama de informações suficientes para que a autonomia da vontade seja efetivada de forma íntegra. Criando-se, assim, relações na órbita do direito, submetidas às regras impostas pela lei, e dotadas de fins que coincidam com o interesse geral ou não o contradigam (RODRIGUES, 2007).

O parágrafo único do artigo 4º da lei em comento estipula que, no caso de não cumprimento de tal exigência, gera ao franqueado a possibilidade de arguir a anulação do contrato e buscar a devolução das quantias que já tiver pago a título de taxa inicial de franquia e royalties, e perdas e danos.

Algumas poucas ações judiciais de anulação de contrato de franquia formalmente fundamentadas nessa previsão legal foram julgadas procedentes; mas os tribunais adotaram entendimento diverso, passando a julgar ações dessa natureza improcedentes, por se considerar que a mera inobservância da entrega da circular é insuficiente para se determinar a anulação do negócio de franquia e devolução dos valores pagos em decorrência do empreendimento iniciado.

Adotando-se outra perspectiva, assim como ocorrido em relação à aplicação da cláusula penal convencional para proteção do know-how em sistemas de franquia, o julgamento de casos semelhantes consolidou-se em um único posicionamento.

Se a finalidade da exigência de entrega da Circular previamente à avença da franquia é direcionada a impedir que a ausência de informações, a respeito do negócio oferecido pelo franqueador, prejudique o franqueado que anuísse ao negócio desconhecendo os direitos e deveres adquiridos ao adentrar a rede, somente a verificação de prejuízo sofridos em decorrência de tal falta seria indenizável juntamente com a declaração da anulação contratual.

De fato, vislumbrou-se que em hipóteses nas quais houve a inobservância da entrega da Circular no momento devido, a assinatura do pré-contrato e contrato de franquia, e a operação da franquia, e, então, se suscitar a anulação do negócio com base na ausência inicial de entrega da Circular, essa falta é suprida pela posterior recebimento do pré-contrato ou contrato, os quais contêm as informações que devem estar elencadas na Circular, além de apresentarem as condições da franquia de forma mais completa.

É o que se observa com base nas ementas dos seguintes acórdãos:

“FRANQUIA. Assinatura de pré-contrato. Pedido de restituição da quantia entregue à franqueadora (R\$ 7.000,00). Recusa à devolução da importância ao candidato a franqueado, com fundamento em cláusula do instrumento, que não previa o ressarcimento. (...) DESCUMPRIMENTO DA LEI N° 8.655/94. Questão de ordem pública. Necessidade de se subsumir aos dispositivos da referida lei, sob pena de a avença vir a ser rescindida por culpa do pré-franqueador. Desobediência ao art. 4º, pelo pré-franqueador. A entrega da Circular de Oferta de Franquia ao franqueado, sem a observância da antecedência mínima de dez dias à assinatura do contrato, ou a qualquer pagamento, invalida o contrato. (...) Condenação da ré a restituir o autor a quantia pleiteada (...).RECURSO PROVIDO” (9185388-81.2004.8.26.0000 Relator(a): Jurandir de Sousa Oliveira, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 29/04/2008).

“Ação de indenização por danos materiais e morais. Contrato de Franquia. Restituição dos valores pagos a título de taxa inicial e a título de aquisição de equipamentos. Cabimento. Franqueadora que não cumpriu com todas as suas obrigações. Não fornecimento da Circular de Oferta de Franquia. Descumprimento do art. 3º da Lei de Franquia. (...)” (0209114-24.2010.8.26.0100 Apelação, Relator: Dimas Carneiro, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 37ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 30/10/2012).

“Anulatória. Contrato de Franquia. (...) Celebração do pré-contrato e do contrato definitivo que superam eventual falta da circular de oferta de

franquia. Lei nº. 8.955/94, art. 4º. (...)” (TJ-SP - APL: 1258632400 SP, Relator: Cauduro Padin, Data de Julgamento: 20/08/2008, 13ª Câmara de Direito Privado).

“FRANQUIA. Ação de anulação ou rescisão de contrato de franquia e pedido de devolução de valores e pagamento de multa. Não comprovação de irregularidades na circular de oferta. (...) A anulação da franquia com fundamento na Lei nº 8.955/94, depende do apontamento do nexo de causalidade entre a omissão do franqueador e o prejuízo alegado pelo franqueado. Recurso desprovido” (0030252-34.2010.8.26.0196 Apelação, Relator: Teixeira Leite, Comarca: Franca, Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data do julgamento: 29/08/2013).

“Franquia. Anulação de contrato. Vícios inexistentes. Eventual falta de informação na circular de oferta de franquia (COF) não comprometeu a atividade empresarial da autora, que, durante três anos, auferiu lucros do negócio. Não se afigura razoável que a franqueada, depois de ter experimentado por tempo significativo o negócio, colhido resultados, levante defeitos na oferta de franquia, vícios que não a impediram de levar adiante o negócio. (...)” (TJ-SP - APL: 4013189-33.2013.8.26.0224, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 31/08/2015).

Nesses termos, verifica-se que a falta da entrega da Circular de Oferta de franquia no prazo determinado pela lei específica, o negócio de franquia somente seria passível de anulação se for comprovado efetivo prejuízo ao franqueado.

1.2. O compartilhamento do know-how de forma restrita

Superada a fase inicial de aproximação entre as partes, na qual o franqueado deve conhecer o negócio oferecido, a avença é firmada e a unidade franqueada é preparada para início das operações.

Para tanto, o franqueado recebe da outra parte contratante treinamentos, orientações sobre como conduzir o negócio desenvolvido e em funcionamento no mercado. Mediante o uso do sistema franqueado, a nova unidade ocupa-se das atividades operacionais, para ofertar no mercado a venda de produtos ou prestação de serviço.

Nesta relação balanceada, como contraprestação por permitir o uso do sistema de franquia construída a partir da prática que conseguiu desenvolver no mercado, o franqueador tem direito a receber a taxa inicial de franquia e os royalties mensais, os quais geralmente correspondem a uma porcentagem sobre o faturamento mensal da unidade franqueada.

A esta complexa relação de franquia aplicam-se os deveres de sigilo e não concorrência, que são obrigações acessórias no contrato de franquia. O franqueado assume a responsabilidade de utilizar com restrições o know-how que foi compartilhado dentro da rede franqueada e que faz parte do patrimônio intangível do sistema de franquia. Tais elementos de restrição são estabelecidos contratualmente por meio de cláusulas especiais de confidencialidade e interdição de concorrência.

O know-how liga-se ao desenvolvimento, é um bem imaterial, possui valoração econômica e é um recurso que possibilita a transformação de conhecimentos em atividade produtiva. A transferência deste recurso é interessante por ser, na maior parte dos casos, menos onerosa do que a sua criação (DINIZ, 2013), além de ser um ponto de chegada concreto que a criação, a qual carrega em si características de incerteza de êxito e indeterminação de tempo e resultado.

A legalidade das medidas que visam proteger e preservar o valor econômico do know-how compartilhado pelo franqueador deve ser preservado no interesse do seu titular e do próprio desenvolvimento dos negócios.

O know-how sobre o qual é possível exigir-se sigilo, impedindo que seja repassado, pode ser dividido em segredo de fábrica ou de negócio. Aquele trata do método ou processo de fabricação, patenteável ou não, e este se refere à movimentação geral dos negócios (DELMANTO, 1975).

Sobre a diferença entre know-how e segredo de fabricação, Ladas (1960, p. 245-246) ressalta que:

“não se deve confundir o know-how com os segredos de fabricação ou fórmulas primeiramente ditas, tais como, por exemplo a fórmula da coca-cola. Esses segredos não constituem know-how, pois não são jamais divulgados ou conhecidos”

Nas franquias que atuam no mercado ofertando produtos ao consumidor, o franqueador, geralmente, vende diretamente ao franqueado ou indica um fornecedor dos insumos ou produtos finais ao franqueado, ao qual não é transferido o segredo de fabricação.

Assim, o franqueado poderá fazer uso dos conhecimentos, técnicas ou processos, sendo-lhe vedado compartilhá-los com terceiros, concorrer no segmento de atuação do franqueador durante a relação de franquia e no período interdição de concorrência, conforme estabelecido pelas cláusulas especiais.

1.3. Cláusulas de confidencialidade e de interdição temporária de concorrência

As cláusulas que visam preservar o know-how, ao qual se teve acesso por meio da franquia, encontram-se claramente apresentadas ao franqueado, no inciso XIV, do artigo 3º da Lei de Franquias, exigindo-se que na Circular esclareçam-se “a situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a: a) know how ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia; e b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador”.

No entanto, ainda assim há casos de descumprimento da confidencialidade e do impedimento de concorrência instituído pelas partes como obrigação pós-contratual do fraqueado. Essa situação pode ser bem observada no processo 1034402-96.2014.8.26.0100, em trâmite perante a 25ª Vara Cível do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo/SP.

No caso, o réu havia atuado como franqueado da rede de franquias Dryclean USA do Brasil. Para tanto, haviam sido transmitidos o know-how desenvolvido e consolidado pela franqueadora, referentes à escolha do ponto, layout do estabelecimento, treinamento de funcionários, operação de serviços de lavanderia, máquinas de lavagem, insumos, administração e gerenciamento do negócio.

De acordo com a sentença proferida nos autos, foi verificada a resolução voluntária por parte do franqueado, o qual, também, atuou indiretamente em estabelecimento de terceiro, localizado no endereço no qual aquele havia sido o locatário anterior, verificando-se a identidade de atividade entre os dois estabelecimentos (terceiro e franqueado).

Essa atuação indireta ocorreu por meio de um Contrato de Compra e Venda de Equipamentos, e Assessoria Técnica/Gerencial celebrado entre o franqueado e o terceiro.

Diante deste conjunto probatório, restaram evidenciadas os descumprimentos das cláusulas de confidencialidade e de interdição de concorrência. Essa última cláusula havia sido redigida de forma clara, estabelecendo que o franqueado aceitava e estava ciente da imposição da proibição de

“participar, quer direta ou indiretamente, em qualquer estabelecimento comercial que, por semelhança, operação, administração, local ou marca, seja concorrente com a LAVANDERIA DRYCLEAN USA, num raio de 3 km a partir do ponto comercial onde foi explorada a LAVANDERIA DRYCLEAN USA objeto do presente contrato”

Nesses moldes, houve o descumprimento das obrigações de manter o sigilo do conhecimento obtido em razão e nos termos do negócio de franquia, e da interdição de atuação no segmento de mercado no qual a rede franqueada atua, impondo-se judicialmente ao réu, de forma atenuada, a multa estabelecida para a violação das obrigações que haviam sido avençadas como resultado do exercício da livre iniciativa das partes, suscitando efeitos tutelados pelo ordenamento jurídico.

De acordo com José Borges da Fonseca, a “concorrência significa liberdade de competir de forma correta e honesta, não se admitindo embaraços artificiais à

entrada de novas empresas no mercado ou ao desenvolvimento da atividade empresarial.” (FONSECA, 1997, p. 29).

Ricardo Negrão, nos termos do acórdão que julgou a Apelação 0019134-28.2008.8.26.0068, no Tribunal de Justiça de São Paulo, entende que a restrição temporária à livre iniciativa assumida pelo franqueado e decorrente da relação de franquia estabelecida não representa obstrução ilegítima ao direito da livre iniciativa, porque corresponde à verdadeira condição razoavelmente exigida por uma parte e aceita pela outra para que o compartilhamento do know-how de operação de uma unidade franqueada se concretizasse em negócio jurídico.

O contratante, ao ingressar à rede franqueada, passou a ter conhecimento do segredo de negócio resultante do investimento financeiro pelo franqueador. O conhecimento naturalmente é agregado ao ser humano, sendo evidente que ao continuar atuando no mesmo segmento os sócios operadores não se desfarão dele.

Percebe-se, assim, que o franqueado não apenas adquire o direito de uso do know-how, mas, igualmente, o absorve; em outras palavras, passa a detê-lo e o carrega mesmo após o encerramento da relação de franquia, tendo a liberalidade de usá-lo após o espaço de tempo estipulado para a interdição de concorrência.

Dessa forma, a interdição é um período de desvinculação do empreendedor da atividade empresarial, com o intuito de proteger os interesses econômicos daquele que investiu na consolidação da marca e da franquia.

Portanto, o período de interdição exclusivamente para a área relacionada ao objeto da franquia é legalmente permitido, tal como ocorre no trespasse de estabelecimento comercial.

No trespasse, o alienante que se restabelece em concorrência com o adquirente geralmente atrai para o novo local de seus negócios a clientela que havia sido formada enquanto operava o estabelecimento vendido. Ulhoa destaca que esse desvio deve-se menos ao contato pessoal entre o consumidor e o empresário e mais às informações que o empresário alienante detém acerca da realidade do mercado em que opera (COELHO, v. 1, 2007, p. 101).

Tais informações são o know-how compartilhado pela rede franqueada, sendo que o alienante e o franqueado que não mais integra a rede franqueada assemelham-se, por estarem impedidos de atuar no segmento que do negócio no qual não mais são sócios.

No cenário das franquias, a interdição temporária de concorrência constitui obrigação de não fazer assumida contratualmente e de forma equilibrada pelo franqueador, que se compromete a não iniciar negócio no mesmo segmento no qual a franquia atua, devendo, portanto, observar tal obrigação mantendo a boa-fé na execução dos contratos.

Os resultados econômicos, obtidos por cada uma das partes durante a vigência do contrato de franquia, podem ser contrapostos em taxa de franquia e royalties para o franqueador e lucro e know-how para o franqueado, sendo que este adquiriu o know-how com as restrições determinadas pelos deveres de confidencialidade e interdição de concorrência.

Esses deveres restringem o uso do know-how recebido mediante a realização do negócio de franquia, impedindo que o franqueado o utilize de forma plena, sendo-lhe vedado transmiti-lo a terceiros concorrentes ou, por determinado período, utilizá-lo em negócio concorrente. Tais restrições de uso permitem comparar o know-how obtido por meio da relação de franquia à posse direta detida pelo usufrutuário, em ambos os casos são impostas limitações especiais a um bem jurídico (know-how e direito de propriedade).

Diante da previsão do art. 170, da Constituição Federal de 1988, a interdição de concorrência deve ser estabelecida com limites materiais, referente ao segmento de atividade, territoriais e temporais, para que não haja violação aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência; de modo que a o impedimento de exploração de qualquer atividade econômica ou que não determine o prazo ou território para a restrição é juridicamente inaplicável.

Dessa forma, é possível observar que as cláusulas de confidencialidade e de interdição de concorrência são as condições que acompanham o know-how oferecido

àquele que escolhe participar da relação de franquia. Este é o objeto contratado, em troca do qual o franqueado aceitou firmar a avença.

Caso haja o descumprimento pelo franqueado das restrições que acompanham o know-how compartilhado pela rede franqueada, o franqueador, além de poder promover execução de obrigação por meio da Ação Cominatória prevista no art. 822 do Código de Processo Civil de 2015, poderá exigir a aplicação da cláusula penal que tenha sido prevista para o caso de descumprimento das obrigações de confidencialidade ou de interdição de concorrência no contrato de franquia.

A cláusula penal é amplamente classificada como pacto acessório nos contratos e estabelece a multa convencional, também denominada multa contratual, para a hipótese de violação de obrigação, e tem a finalidade de fixar, de antemão, o valor das perdas e danos gerados pela violação perpetrada e de desestimular a violação às disposições contratuais, servindo, assim, como forma de se buscar garantir o cumprimento da obrigação a que se refere (DINIZ, 2014, p. 454).

Assim, verifica-se que a cláusula pena aumenta a possibilidade de cumprimento do contrato e facilita o pagamento da indenização por perdas e danos causados pelo descumprimento nela tratado, poupando o trabalho de alegar, provar e liquidar judicialmente o dano sofrido. Isso porque, de acordo com o artigo 416, *caput*, do Código Civil, a pena convencional pode ser exigida judicialmente sem o ônus de provar e de liquidar a extensão do dano.

Conferindo-se o atributo de não compensatória à multa contratual, o credor franqueador tem a possibilidade de exigir indenização suplementar caso o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, conforme previsto nos termos do parágrafo único do artigo 416, do Código Civil de 2002.

Quando a função compulsória da pena convencional revela-se ineficaz, a função indenizatória de liquidação antecipada de perdas e danos pode ser exigida pela parte credora da obrigação inadimplida. A fixação e a aplicação de tal pena entre as partes que firmam a relação de franquia serão adiante tratadas.

2. A CLÁUSULA PENAL ESPECÍFICA

2.1. Cláusula penal específica como obrigação autônoma na relação de franquia

A cláusula penal, também denominada pena convencional ou multa contratual, surge como pacto acessório estabelecido para a hipótese de descumprimento culposos, total ou parcial, de obrigação contratual, mediante o qual se estipula a incidência de determinada penalidade em desfavor da parte inadimplente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

Nos termos do artigo 409, do Código Civil de 2002 a cláusula penal pode referir-se ao inadimplemento absoluto da obrigação, de alguma cláusula especial determinada ou, à mora.

A doutrina discorre sobre a forma de interpretação para se identificar qual a modalidade da cláusula penal, relacionando a identificação ao montante da penalidade. Adotando-se essa perspectiva, se for elevado e/ou próximo ao valor da obrigação principal, identifica-se a cláusula penal compensatória; na hipótese de valor reduzido da multa em comparação à obrigação principal, trata-se de cláusula penal moratória.

Dessa forma Rodrigues (2000, p. 92) leciona:

“Na maioria dos contratos, o intérprete descobre facilmente a natureza da cláusula penal, pois, se se referir à inexecução completa da obrigação, será compensatória, enquanto se cuidar apenas da execução imperfeita, será moratória. Por vezes, entretanto, tal distinção é penosa, por se apresentar obscura a intenção dos contratantes. O remédio apregoado por muitos juristas antigos e modernos para se descobrir a natureza da disposição, consiste em atentar para o montante da multa. Se o valor é elevado, aproximando-se do valor da obrigação principal, há que se considerá-la compensatória, pois é provável que as partes a tenham estipulado antevendo a possibilidade de inadimplemento absoluto. Ao contrário, se reduzido é o valor da estipulação penal,

sensivelmente inferior ao da obrigação principal, há que se compreender ser moratória a cláusula, pois seria ilógico que para substituir as perdas e danos advindos da inexecução, se fixasse indenização excessivamente modesta.”

Similarmente a tal doutrinador, Diniz (2014, p. 460/461) trata deste assunto, ao identificar essas duas modalidades de pena convencional. Assim, “quando a multa é aposta para o descumprimento total da obrigação, ou de uma de suas cláusulas, será compensatória” (VENOSA, 2012, P. 332).

Observa-se que à multa convencional referente a cláusulas especiais, assim como à multa por inadimplemento absoluto da obrigação, é atribuída a natureza de compensatória, por se considerar seu alto valor, próximo ao valor da obrigação principal.

A cláusula penal específica, para as hipóteses de violação do dever de sigilo ou de interdição de concorrência, além de coibir a utilização do know-how por aqueles que não possuem o direito de utilizá-lo irrestritamente, a finalidade de indenizar o franqueador pelo prejuízo decorrente do uso indevido do know-how compartilhado pela rede de franquias.

A cláusula penal é genericamente classificada como obrigação acessória do contrato principal, no entanto Lopes (1966, p. 172) faz menção à situação em que, na realidade, a cláusula penal deixa de ser acessória e torna-se obrigação autônoma, ao citar a hipótese na qual é pactuada justamente para os casos em que a obrigação principal for tida como nula. Situação que também desta da regra geral de que o acessório segue o principal.

Adotando-se essa ótica, a obrigação acessória de pagar a multa em caso do uso indevido do know-how pelo franqueado é obrigação autônoma em relação à obrigação principal no contrato de franquia.

Nas relações de franquia, a penal convencional, que é aplicada para a hipótese de descumprimento das cláusulas de obrigações acessórias que visam proteger e manter a capacidade competitiva do know-how que movimenta a rede franqueada, adéqua-se a essa situação elucidada por Lopes.

Ao discorrer sobre obrigações acessórias, Venosa (2012, p. 120) cita os direitos de garantia que são costumeiros, tais como a fiança, o penhor e a hipoteca, e são classificados como obrigações acessórias a uma obrigação principal; constituindo-se como um reforço para o adimplemento da obrigação principal, sem a qual não têm razão de existir.

Essa relação entre obrigação acessória e obrigação principal, sendo que aquela garante o cumprimento desta e, a existência desta constitui condição de existência daquela, não é verificada entre a obrigação prevista na cláusula penal específica, referente à obrigação de uso adequado do know-how, e a obrigação principal do contrato de franquia.

Isso porque a obrigação principal do franqueado no complexo contrato de franquia pode ser considerada como o pagamento da taxa inicial e royalties, sendo que a eventual aplicação da cláusula penal para a hipótese de violação do dever de sigilo e de interdição de concorrência não visa garantir tal pagamento, mas tem o objetivo de assegurar a obrigação de manutenção do know-how nas relações de franquia penalizando o eventual uso inadequado do know-how pelo franqueado.

Diniz (2013, p. 72) leciona que a franquia empresarial “resulta da conjugação da licença de uso de marca com a prestação de serviço empresarial”. Com base nessa definição, extrai-se que a obrigação principal do contrato de franquia corresponde à taxa inicial de franquia e aos royalties mensais; considerando-se que são adimplidos pelo franqueador como contraprestação pela licença e prestação de serviço que lhe foram proporcionadas pelo franqueador.

A complexidade do contrato de franquia é verificada no fato de que “não se exaure unicamente no contexto contratual, objeto de nosso estudo, mas engloba também institutos mais, amplos nos campos da propriedade industrial, concorrência e política empresarial” (VENOSA, 2013, p. 582).

Na esfera tributária, o caráter híbrido e complexo do contrato de franquia também é objeto de discussão no Recurso Extraordinário 603.136, no qual houve a declaração de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, atribuindo-lhe o tema

denominado “Incidência do ISS sobre os contratos de franquia” e numeração 300¹. A questão aguarda julgamento.

Os juros também são classificados como obrigação acessória, porque sua existência depende da obrigação principal; desaparecendo esta, desaparece aquela. A importante consequência dessa distinção entre obrigações principal e acessória é que a segunda segue a sorte da principal.

Essa regra também não é verificada entre a obrigação principal do contrato de franquia e a obrigação acessória imposta nos termos da cláusula penal específica, visto que essa obrigação acessória de indenizar pelo dano resultante do inadimplemento da cláusula específica perpetua-se ainda que a franquia tenha sido encerrada.

A autonomia da cláusula penal específica, referente à proteção do know-how, também pode ser verificada ao se considerar que a franquia é contrato complexo, conforme acima mencionado, e, portanto, carrega obrigações autônomas referentes à propriedade industrial, concorrência e política empresarial.

Ainda, a obrigação acessória atua como reforço para o adimplemento da obrigação principal, contudo a cláusula penal específica não age como estímulo para o cumprimento da obrigação principal no contrato de franquia, mas para o cumprimento das cláusulas de confidencialidade e de interdição de concorrência.

Dessa forma, o raciocínio de que a cláusula penal específica de proteção do know-how é obrigação autônoma no contrato de franquia, não constituindo obrigação acessória, leva à conclusão de que esta cláusula penal específica é autônoma em relação à obrigação principal da relação de franquia e, paralelamente, tem como obrigação principal o dever de sigilo e interdição de concorrência que integram o contrato de franquia.

Considerando-se tal característica de autonomia da cláusula penal específica e, em relação a essa cláusula penal, a obrigação principal de preservar o know-how;

¹ Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3756682&numeroProcesso=603136&classeProcesso=RE&numeroTema=300>> Acesso em 14 de jan. de 2016.

pode-se salientar, igualmente, a autonomia, em relação ao contrato de franquia, dessa obrigação de preservar prevista nas cláusulas de confidencialidade e de interdição de concorrência.

A autonomia de tais cláusulas específicas é coerente com a magnitude do objeto que visam resguardar, o know-how compartilhado pela rede franqueada. Tal compartilhamento é fundamental para o contrato de franquia, que resulta da conjugação da licença de uso de marca com a prestação de serviço empresarial e não se realizaria sem a existência e transmissão do know-how.

O desenvolvimento e consolidação de conhecimento que se transforma em know-how do negócio franqueado, requerem investimento econômico e de tempo, para que se possa criar, testar, agregar e acumular experiências bem sucedidas e, então, se atingir conhecimento que possibilite vantagem empresarial e capacidade competitiva ao seu titular no mercado, podendo-se criar um novo mercado ou ganhar espaço em um já existente e se sobressair entre concorrentes, sendo fundamental nas relações de franquia.

Neste ponto, se pode dizer que as franquias que são criadas em um espaço de tempo relativamente curto, como, por exemplo, em menos de um ano de atuação, são formatadas em modelo de negócio inadequado para a finalidade a que se propõem, ou seja, o instituto da franquia, que, de acordo com a doutrina pertinente ao tema, tem a capacidade de oferecer ao franqueado menor risco de mercado em razão de pautar o sistema franqueado em negócio consolidado e testado no mercado.

A franquia que se estabelece em know-how de negócio desenvolvido em intervalo de tempo relativamente exíguo, oferece um empreendimento com risco que tende ao patamar normal de mercado, em detrimento de conferir a vantagem de se atuar em negócio já testado e estabilizado.

Ainda, a franquia que se adéqua aos moldes vislumbrados pela doutrina, não pode ser pautada em modelo de negócio que não foi testado por período de tempo relativamente razoável, senão, tratar-se-á de mera ideia de empreendimento a ser lançada à álea do mercado. Franquia não é apenas ideia de negócio, mas negócio já firmado.

Desse modo, é possível visualizar a rede franqueada como ferramenta de propagação controlada e equilibrada do know-how, mantendo o seu valor econômico ao preservar a confidencialidade e controlar o uso pelos franqueados e por aqueles que deixaram de fazer parte da rede.

Nesses termos, visualiza-se, paralelamente e de forma independente em relação à obrigação principal na avença firmada entre as partes, a vertente de que no contrato de franquia formam-se as obrigações autônomas de manter a confidencialidade do know-how e de se abster de concorrer com a rede franqueada utilizando referido know-how.

Por outro ângulo, as obrigações autônomas de preservação do know-how, assumidas no contrato de franquia, se consideradas reciprocamente com a respectiva cláusula penal específica, comportam-se como obrigação principal desta cláusula penal.

Portanto, estas obrigações autônomas de preservação do know-how na relação de franquia, em relação à cláusula penal específica, são as obrigações principais que devem ser adotadas como parâmetro máximo para a fixação do valor multa convencional específica à proteção do know-how, visto que essas cláusulas penais são acessórias à obrigação principal de confidencialidade e de interdição de concorrência.

De fato, a multa convencional relativa à proteção do know-how tem como funções estimular o cumprimento das obrigações de confidencialidade e de interdição de concorrência e compensar o franqueado por eventual violação de tais obrigações, existindo em razão dessas.

2.2. Critério para fixação do valor da multa na cláusula penal específica

O montante, a ser devido como multa originada das referidas violações referentes ao know-how, é fixado previamente e de acordo com o critério adotado pelo franqueador, a partir do início das negociações.

Trata-se de penalidade a respeito da qual o franqueado deve ser informado desde o início das tratativas, ao receber anexado à Circular de Oferta de Franquia modelo do contrato padrão, o qual contém pormenorizadamente todos os detalhes comerciais e operacionais do negócio, os instrumentos de correção e penalização para o caso de as partes falharem em cumprir as determinações ali estipuladas.

“O contrato de franquia é normalmente um documento extenso e detalhado, que pode parecer, numa primeira leitura, conter muitas determinações leoninas e penalidades duras para o descumprimento”.²

Entretanto, tal contrato é o principal mecanismo ao qual o franqueador tem acesso para a proteção da rede, em benefício de todos os franqueados da marca.

Desse modo, é necessário que seja suficientemente minucioso e eficaz para permitir que o franqueador exerça o controle de cada franqueado individualmente, possibilitando que a consistência operacional da rede seja mantida e que a proteção da marca possa ocorrer de forma igual em relação a todos os integrantes.

A habilidade que o franqueador tem de exercer seu controle, mantendo os padrões previstos para a franquia e preservando o investimento e interesses coletivos de cada integrante, pode ser decisiva para a continuidade e desenvolvimento do negócio.

Com efeito, os franqueados realizam investimentos ao ingressarem na rede sob as condições de que haja o controle do sistema de franquia e seja mantida a integridade do conceito do negócio compartilhado.

O contrato possibilita a efetivação dessas condições, por conter as ferramentas necessárias à coerção de todos os franqueados a manter postura adequada para que o know-how, referente ao funcionamento da franquia, seja conservado e desenvolvimento em benefício de toda a rede.

² Disponível em < http://www.dannemann.com.br/dsbim/Biblioteca_Detalhe.aspx?&ID=189&pp=1&pi=2>. Acesso em 21 de jan. de 2016.

Nesse contexto, as cláusulas penais devem ser impostas de forma razoável, de forma que o contrato não extrapole os limites legais da equidade e sejam elaboradas com índole abusiva.

Para que o valor reflita de forma científica e real o dano aferido de forma hipotética na cláusula penal, pode-se fixá-lo com base em um estudo realizado por profissionais com conhecimento em mercado, negócios e concorrência e que possam avaliar e quantificar o impacto econômico resultante de tal violação e sofrido pela rede franqueada, considerando a concorrência indevida que se apoia no know-how da rede franqueada e a depreciação causada à competitividade do know-how em razão da sua disseminação.

O mapeamento dos mercados potenciais pode ser realizado por meio de ferramentas mercadológicas por peritos na área, verificando o potencial para expansão do negócio. É feito um cruzamento do perfil do negócio com o perfil da região e consumo da população. Empresas como a Bittencourt Consultoria oferecem “um estudo amplo que avalia a potencialidade dos mercados alvo e a rentabilidade do negócio para os futuros franqueados e para a franqueadora”.³ Com base em tais análises, o montante da cláusula penal pode ser fixado.

Na relação de franquia, verifica-se que a multa irá indenizar o bem jurídico tutelado por meio da cláusula penal específica, ou seja, a integridade e manutenção do valor econômico do know-how, que se traduz no retorno econômico resultante da sua aplicação no mercado, e portanto, ela deve ser fixada de modo a refletir e indenizar eventual prejuízo econômico resultante da violação às cláusulas de confidencialidade e de interdição de concorrência.

É instituída no interesse da rede franqueada, a qual, além do franqueador, será prejudicada pela depreciação do know-how utilizado para a operação de cada unidade franqueada.

³ Disponível em < <http://www.bittencourtconsultoria.com.br/expansao/formatacao-de-negocios-para-expansao-com-franquias.html>>. Acesso em 2 de fev. de 2016.

A instituição e a efetividade da multa convencional, em cada relação de franquia que é firmada para promover o fortalecimento da rede, importam na criação de instrumento de proteção para o negócio compartilhado pela rede.

O franqueado que escolhe integrar a rede é atraído pela confidencialidade das técnicas de operação do negócio e não teria interesse na franquia se inexistissem ferramentas contratuais efetivas de proteção e preservação do sigilo sobre o segredo empresarial compartilhado por meio do sistema de franquia.

Igualmente, a possibilidade de um franqueado se retirar da rede e, sucessivamente, passar a operar no mesmo segmento do mercado, ainda que deixe de utilizar a marca que até então ostentava, representaria aos franqueados que permanecem na rede uma vulnerabilidade real ao know-how contratado, por possibilitar disseminação de um desse elemento essencial do negócio.

Assim como ocorre de forma similar nos contratos de trespasse (COELHO, 2007) nos quais também se aplica a interdição de concorrência, caso o ex-franqueado, que equivaleria ao alienante no trespasse, se restabeleça para atender região atingida pelo potencial econômico das unidades franqueadas, ou antes de se ter transcorrido prazo suficiente para a rede franqueada consolidar sua posição no mercado, se verificará a concorrência direta.

O montante da pena deve ser expressivo o bastante para desestimular, exercendo força coercitiva, o descumprimento da obrigação contratualmente assumida e, efetivamente reparar os danos causados à competitividade do know-how de operação da rede franqueada no mercado e lucros cessantes.

Diante dessas considerações, acerca das cláusulas penais de confidencialidade e de interdição de concorrência, instituídas em prol do valor econômico do know-how, que se efetiva em competitividade e participação no mercado, observa-se que a fixação do valor devido a título de multa, a ser imposta em desfavor do agente que usa indevidamente o know-how da rede franqueada, não deve ser feita somente com base no valor da taxa de inicial.

No entanto, o Poder Judiciário brasileiro tem atrelado o valor da pena convencional ao valor desta taxa, conforme se passa a discorrer.

3. INTERPRETAÇÃO ADOTADA PELO JUDICIÁRIO À APLICAÇÃO DA PENA CONVENCIONAL

3.1. Teor dos acórdãos coletados

Passa-se a analisar o conteúdo dos acórdãos coletados, de acordo com a tabela localizada na introdução deste trabalho.

Nos autos do recurso de Apelação 9108453-92.2007.8.26.0000 (7187395-5/00), o acórdão proferido em 26/03/2008 verificou que nos termos do distrato do negócio de franquia firmado entre as partes, o franqueado se comprometia a manter “a mais estrita confidencialidade em relação ao conteúdo de todas as instruções ou quaisquer informações que haja recebido da 5 À SEC ou de que haja tomado conhecimento em decorrência da relação contratual ora rescindida”. Igualmente, concordou e assumiu a obrigação de não atuar, pelo prazo de dois anos, por qualquer forma, no mesmo segmento de mercado da franqueadora.

Entretanto, após quatorze meses da data de tal distrato, o franqueado retirante constituiu nova empresa de lavanderia.

Para análise e redução da pena convencional para a violação à cláusula de não concorrência, consideraram-se: o descumprimento ocorreu após mais da metade do prazo previsto, ou seja, quatorze dos vinte e quatro meses estabelecidos; não foi comprovado que a nova lavanderia utilizou as técnicas ensinadas aos franqueados; comprovou-se uma clara diferenciação dos traços arquitetônicos e sinais visuais; localização da nova unidade em município distinto daquele em que funcionava a unidade franqueada.

Por outro lado, consignou-se, “tendo em vista a finalidade da multa e o comportamento do infrator, a redução não pode ser tanta a ponto de estimular o descumprimento contratual”.

Nesses termos e sopesadas tais circunstâncias, reduziu-se a multa convencional de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), de acordo a equidade prevista no art. 413 do CC.

O julgamento do recurso de Apelação 9126557-64.2009.8.26.0000 (991.09.031964-9), realizado em 02/12/2009, o prosseguimento do negócio pelo franqueado, ainda que não tenha havido a renovação do contrato de franquia “Mister Sheik”.

O franqueado continuou vendendo o mesmo “mix” de produtos formado por comida árabe do tipo *fast food*, com o mesmo *lay-out*, cores e marketing da franqueadora, substituindo-se apenas a marca MISTER SHEIK por PLANETA ESFIHA no estabelecimento.

Diante à violação à cláusula de vedação à atividade no mesmo segmento e mercado de atuação da franqueadora, foi aplicada a multa convencional de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

O acórdão proferido em 19/05/2010 no recurso de Apelação 0064569-42.2008.8.26.0224 (990.10.109287-5) verificou a caracterização da infração ao dever de confidencialidade do contrato, por considerar a utilização do know-how da rede franqueada após a rescisão do negócio de franquia.

No caso, foi constatado que a franqueada continuou utilizando a mesma loja, no mesmo local e vendendo produtos semelhantes aos comercializados pela rede franqueada.

Diante disso, verificou-se que a franqueada firmou contrato de franquia, assimilou o know-how compartilhado pela franquia, simplesmente resiliu o contrato, mas continuou a utilizar os métodos compartilhados pela rede, operando da mesma forma, com o estabelecimento assemelhado ao da franquia, ostentando a mesma cor vermelha e padrão, apenas substituindo o nome “Mister Sheik”.

Assim, com base no uso indevido do know-how compartilhado pela rede, restou determinando o pagamento integral da multa pré-fixada no valor de R\$60.000,00 (sessenta mil reais).

O recurso de Apelação 0120411-68.2006.8.26.0000 julgado em 04/10/2011, diante da comprovação de concorrência indevida à rede franqueada, impôs a aplicação integral da pena convencional específica contratualmente estabelecida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Foi reconhecido que a restrição de impedimento de exercer a mesma atividade no ramo de informática pelo prazo de 24 meses, ao qual o franqueado estava submetido, deveria ser transmitida para o novo proprietário do estabelecimento.

O acórdão frisou ter havido a alienação do estabelecimento comercial, sem a anuência da franqueadora, com a manutenção da atividade comercial no mesmo endereço, com os mesmos alunos e nome semelhante, de modo a gerar confusão ao consumidor, caracteriza o aproveitamento da clientela e, portanto, inadimplemento contratual.

No recurso de Apelação 0008489-18.2009.8.26.0032 julgado em 08/11/2011, reconheceu-se que o franqueado agiu de forma desleal, ao negar a celebração do contrato definitivo e prosseguir no mesmo segmento de atuação da franquia utilizando a técnica adquirida.

Contudo, verificou-se que a cláusula penal de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) havia sido fixada em valor exagerado e foi reduzido para o patamar, ainda excessivo, de R\$40.000,00 (quarenta mil reais) em primeira instância; sendo reduzido pelo tribunal para R\$20.000,00 (vinte mil reais), com base na limitação da cominação penal até o limite da obrigação principal, determinada pelo art. 412 do CC.

Igualmente, a redução foi aplicada por entender-se que o montante da penalidade havia sido fixado de forma manifestamente excessiva, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio, de acordo com o art. 413 do CC. Assim, diante da rentabilidade do negócio e do tempo em que houve adequado adimplemento do contrato, a pena convencional foi reduzida no caso.

Nos autos do recurso de Apelação 0028009-84.2008.8.26.0068 julgado em 14/02/2012, verificou-se ter havido o descumprimento durante a execução do contrato por ambas as partes.

A franqueada usou produtos não homologados e faltou em treinamentos, e a franqueadora autorizou a instalação de outra loja próxima à da parte contrária, violando a territorialidade.

Considerou-se que durante a execução do contrato regras foram descumpridas mutuamente, “mas, se o contrato foi executado até o final, os fatos não foram tão significativos”.

Assim, quanto à concorrência indevidamente mantida pela franqueada após a resolução do contrato, reconheceu-se a necessidade de aplicação da cláusula penal, mas de forma mitigada, de modo a não ultrapassar o valor da obrigação principal, considerando o período de cumprimento do contrato, o alto valor da pena e o valor taxado para os demais descumprimentos contratuais.

Desse modo, foi mantida a condenação ao pagamento de multa equivalente a R\$20.000,00 (vinte mil reais), que corresponde ao valor da taxa de franquia e havia sido determinada em primeira instância e arbitrada por equidade.

O acórdão proferido em 04/03/2013 no recurso de Apelação 0117238-03.2006.8.26.0011 observou que o franqueado atuou no mesmo ramo empresarial da franqueadora em plena vigência do contrato de franquia. Evidenciada, assim, a infração à cláusula que proíbe a concorrência, determinou a aplicação da multa contratual que havia sido estabelecida contratualmente pelas partes em R\$15.076,68 (quinze mil reais, setenta e seis reais e sessenta e oito centavos).

No recurso de Apelação 9185234-87.2009.8.26.0000, julgado em 27/06/2013, verificou-se ter havido a rescisão bilateral do negócio de franquia, no entanto a franqueada descumpriu a vedação de continuidade do exercício da mesma atividade econômica. Ressaltou-se a validade dessa obrigação pós-contratual, desde que estabelecida no instrumento contratual, não podendo ser afastada, sob pena de proporcionar ao franqueado enriquecimento sem causa, por usar a organização empresarial do franqueador sem a devida contraprestação. Desta forma, concluiu-se que a multa de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), equivalente a cinco vezes a taxa inicial de franquia, era devida.

A parte vencida arguiu em sua defesa a exceção do contrato não cumprido, contudo o tribunal ressaltou que tal exceção tem como pressuposto que as prestações do contrato bilateral sejam simultâneas, caso contrário não podem as partes invocar essa defesa.

O julgamento do recurso de Apelação 0132903-60.2001.8.19.0001 realizado em 21/08/2013 determinou a aplicação integral da cláusula penal geral de R\$30.000,00 (trinta mil reais), que havia sido fixada pelas partes em valor equivalente à taxa inicial de franquia, para a hipótese de atos de concorrência indevidos após a rescisão do contrato no caso concreto. Na hipótese, restou inequívoco que o franqueado manteve atividade empresarial no mesmo ramo alimentício, comida oriental, explorado durante o contrato de franquia, logo após a extinção do negócio de franquia.

O acórdão do recurso de Apelação 0114343-69.2006.8.26.0011 proferido em 17/09/2013 verificou que os franqueados, após o término do contrato, continuaram a atuar no mesmo segmento da rede franqueada e no mesmo endereço. Restou determinada, portanto, a aplicação integral da multa contratual que havia sido estipulada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por se considerar que a cláusula de interdição de concorrência foi estabelecida em razão da aquisição de segredos e técnicas comerciais inerentes ao sucesso da empresa franqueadora.

Ao recurso de Apelação 0135844-72.2007.8.26.0002 julgado em 28/11/2013 foi aplicada integralmente a multa contratual de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), que havia sido fixada para a hipótese de descumprimento da cláusula de não concorrência, diante da violação dessa cláusula. A multa foi aplicada em prol da rede de franquias Fran's Café, por se verificar que o franqueado implantou, com seu irmão e mediante uso do know-how que havia adquirido na constância da relação de franquia, a rede de cafeteria Vanilla Caffé.

No acórdão proferido na ação 0019134-28.2008.8.26.0068 em 09/12/2013, mencionou-se que em relação à redução do valor devido por força da pena convencional, devem ser sopesadas a função social do contrato e a equidade. Para tanto, observou que as circunstâncias do caso determinarão a redução, entrando em

questão os interesses do credor, o grau de culpa do devedor e a situação econômica deste.

Salienta, ainda, que, no caso, a função social do contrato significa “que se o escopo da obrigação foi atingido, ou se as obrigações foram cumpridas ainda que a destempo, seria ilegítima a cobrança do valor integral da cláusula penal”. Por outro lado, constata que diversas obrigações pós-contratuais foram descumpridas pelos réus ao fazerem o uso indevido da marca em lista telefônica três anos depois do término do contrato, utilizarem layout semelhante no interior da loja, e desrespeitarem o período de interdição, o que restou confessado e incontroverso.

Nesses termos concluiu-se que houve reiterado descumprimento das regras pós-contratuais, evidenciando a má-fé da ré, contudo determinou-se que a cominação imposta na cláusula penal, equivalente ao valor da taxa de franquia multiplicado por dez, não deve ultrapassar o valor da obrigação principal, conforme estabelece o art. 412 do Código Civil. Assim, anulou-se de pleno direito o excesso e reconhecendo que a obrigação principal corresponde ao adimplemento da taxa de franquia de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) vigente na data do efetivo pagamento da cláusula penal.

A apreciação da Apelação 0119030-06.2012.8.26.0100 em 03/02/2015 verificou o fechamento prematuro do estabelecimento franqueado e a ocorrência de violação à cláusula de não concorrência mediante a abertura de outro estabelecimento no mesmo ramo. Determinou-se a redução, de acordo com a equidade prevista no art. 413 do CC, do valor das multas contratuais que haviam sido previstas no contrato com valor equivalente a três vezes o valor da taxa de franquia e a dez vezes desta taxa. Nesses termos, observada a gravidade de cada infração, se reduz a cláusula penal a 30% do valor da taxa de franquia e a 100% deste valor.

O recurso de Apelação 1025962-14.2014.8.26.0100 julgado em 10/04/2015 verificou a violação das obrigações assumidas de interdição de concorrência e confidencialidade. No caso, verificou-se que a franqueada, mesmo antes do distrato do contrato de franquia de duas unidades celebrado, passou a operar estabelecimento concorrente à rede franqueada. O negócio concorrente prestava serviços relacionados a estética, emagrecimento e beleza, utilizando programas e tratamentos semelhantes,

identidade de preços, publicidade idêntica e medicamentos exclusivos da rede, restando evidente que a franqueada simplesmente copiou os tratamentos desenvolvidos pela franqueadora, para operar nova empresa. Foi reconhecido o nítido propósito de confundir os consumidores, com o intuito de captar clientela.

Desse modo, o acórdão proferido determinou a aplicação da multa convencional de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) que havia sido fixada pelas partes.

3.2. Estatísticas

A análise dos casos acima expostos permite observar que em 35,7% (5 em 14) dos casos a pena convencional específica estipulada para as cláusulas de confidencialidade ou interdição de concorrência foram reduzidas, e nos demais 64,3% (9 em 14) o valor da pena foi aplicado integralmente.

Em 14,3% (2/14) dos julgamentos, a pena convencional foi reduzida, o pagamento da taxa inicial de franquia foi classificado como obrigação principal e, por essa razão, o valor da pena aplicada foi reduzido ao valor desta taxa, por se adotá-la, de acordo com os termos do art. 412 do CC, como limite máximo para o valor da pena imposta para violação às cláusulas de confidencialidade e de interdição de concorrência.

Na proporção de 28,6% (4/14) dos casos, o valor da pena convencional foi reduzido para apenas 10% do seu montante. Nesses casos, a multa havia sido estipulada contratualmente em patamar entre R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais); enquanto, nos julgamentos que mantiveram o valor integral da pena convencional, a multa havia sido fixada pelas partes em montante que se encontrava entre R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

4. APLICAÇÃO DA PENA CONVENCIONAL ESPECÍFICA AO KNOW HOW PELO PODER JUDICIÁRIO

4.1. A limitação presente no artigo 412 do Código Civil

O art. 412 do Código Civil determina que “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”, sendo que a subsunção do negócio jurídico a esta norma é feita no julgamento de ações que tratam da pretensão de imposição da pena convencional, para não permitir que o valor da cominação imposta na cláusula penal exceda o da obrigação principal.

Entretanto, a aplicação dessa norma à pena convencional prevista em contratos de franquia para hipóteses de violação às cláusulas de confidencialidade e de interdição de concorrência, pode gerar julgamentos que se afastam da finalidade, presente em tais cláusulas, de proteção e manutenção do know-how compartilhado pela rede franqueada.

A possibilidade de que essa situação ocorra é observada nos julgamentos em que a pena convencional, por se adotar o pagamento da taxa de franquia como obrigação principal do contrato, é reduzida ao valor de tal taxa que havia sido pago inicialmente pelo franqueado, ainda que o uso indevido do know-how adquirido tenha sido comprovado, conforme se pode observar no julgamento da Apelação 0019134-28.2008.8.26.0068:

“Compulsando os autos, verifica-se que diversas obrigações pós-contratuais não foram cumpridas pelos réus: o uso indevido da marca em lista telefônica três anos depois do término do contrato, a utilização de layout semelhante no interior da loja, e especialmente o confessado e incontroverso desrespeito ao período de interdição.

Houve, pois, reiterado descumprimento das regras pós-contratuais, evidenciando a má-fé da ré.

Entretanto, estabelece o art. 412 do Código Civil que a cominação imposta na cláusula penal não poderá ultrapassar o valor da obrigação principal, sendo nulo de pleno direito o excesso.

E, no caso concreto, o valor da obrigação principal é a taxa de franquia vigente na data do efetivo pagamento da cláusula penal.

Nesse contexto, a multa estipulada em R\$ 450.000,00 mostra-se excessiva, motivo pelo qual esta Turma Julgadora a limita a R\$ 45.000,00, parâmetro esse estipulado pela franqueadora na exordial.”

Isso porque se a multa estipulada a título de fixação prévia de indenização for maior que o valor imposto a título de taxa de franquia, esta diferença terá sido ignorada pelo Judiciário.

Esse entendimento jurisprudencial suprime o caráter de fixação anterior da indenização acordada entre as partes desde o início do negócio, o qual havia sido incluído às condições do negócio com o escopo de resguardar o know-how que é colocado em posição de vulnerabilidade a cada nova franquia que integra a rede.

Para o empreendedor que opta por promover o crescimento do seu negócio por meio da concessão de franquias, esta seria a forma de proteger o seu know-how de negócio e minimizar, de forma efetiva e relativamente eficiente se comparada ao processo judicial, as perdas às quais estaria se sujeitando nesta seara de ampliação de oferta de produtos ou serviços no mercado.

A redução da pena convencional imposta pelo Judiciário que não sopesa a relação que tal indenização previamente firmada pelas partes por meio do negócio de franquia assume o risco de contribuir para o desequilíbrio da relação de franquia em desfavor do franqueador e, igualmente, para o impacto negativo sobre os demais franqueados.

Com a redução da multa convencional que havia sido previamente fixada, anula-se o caráter essencial deste instituto jurídico de possibilitar a imposição desta multa para descumprimentos contratuais, sem a necessidade de se alegar judicialmente o prejuízo.

Ainda que a pena convencional seja contratada sem caráter compensatório, existindo ao credor a possibilidade de exigir indenização suplementar, para perseguir o prejuízo que não é indenizado pelo valor da multa judicialmente aplicada como resultado da pretensão autoral de imposição da pena convencional, o processo judicial com tal finalidade tem existência em um caminho que necessariamente envolve atos processuais que demandam tempo e esforços.

Para promover essas dessa natureza, o franqueador deverá fazer prova sobre o prejuízo gerado ao negócio pela violação da confidencialidade ou concorrência, enfrentando o fato que “talvez a maior dificuldade nas ações indenizatórias no âmbito da propriedade industrial resida na comprovação do dano sofrido pelo prejudicado” (SIEMSEN, p. 433)

As ações judiciais de indenização embasadas na violação aos deveres contratualmente assumidos possuem como alicerce a comprovação do prejuízo, o descumprimento obrigacional gerador de tal prejuízo e o nexo de causalidade entre esse dois elementos, podendo levar anos para serem processadas, julgadas definitivamente e resultarem, se obtiverem êxito, em reparação ao franqueador pelo prejuízo sofrido por toda a rede de franquias.

Nos julgamentos analisados no capítulo anterior, a aplicação integral da pena convencional é aceita pelo julgador ao se valorizar o know-how utilizado conjuntamente nas relações de franquia.

Com esse entendimento, ressalta-se a organização empresarial à qual o franqueado teve acesso para aprender e praticar enquanto integrou a rede, sendo considerado uso indevido de know-how, que ocasiona desvio de clientela do negócio franqueado.

Esse cenário é relatado no julgamento da Apelação 1025962-14.2014.8.26.0100, no seguinte trecho:

“Salta aos olhos que a ré-apelada valeu-se do know-how da autora em seu novo empreendimento. Basta considerar os flyers, os materiais publicitários (nos quais se antevê, a olhos nus, a similitude de técnicas de emagrecimento - fls. 171 e 172 três consultas médicas, acupuntura

sem agulhas e indolor, sessões de infra vermelho), de slogan (“Mude seu corpo em seis semanas”), os serviços prestados, tratamentos estéticos semelhantes, os padrões do negócio (*trade dress*). Ainda se verifica identidade no preço praticado entre a nova empresa criada pelas rés e aqueles padronizados pela autora.”

Nesse acórdão, ressalta, ainda, que as obrigações contratuais e pós-contratuais assumidas pelo integrante temporário da rede de franquias, em relação ao período de interdição e confidencialidade, são claramente indicadas pela própria Lei de Franquias (art. 3, inciso XIV) com a finalidade de proteger o negócio de franquia, inexistindo espaço para se verificar boa-fé por parte do franqueado.

Ao franqueado que é admitido para fazer parte da rede de franquias, é transferida a tecnologia compartilhada pela rede, demonstrado o funcionamento do mercado e do negócio franqueado, os números da operação do negócio, a concorrência no setor; o que nunca seria transmitido ao mercado em geral e, especialmente, diretamente a um concorrente (ALBUQUERQUE, 2014).

A multa convencional deve ser fixada em patamar capaz de lhe conferir efetividade à medida contratual de proteção ao know-how do negócio franqueado, de modo a inibir e desestimular o descumprimento contratual que prejudica direitos alheios.

Em relação a esse ponto, constata-se que a redução ao patamar da obrigação de pagamento da taxa inicial de franquia possibilita que o franqueado que tem interesse em se arriscar para deixar de pagar royalties e a taxa de renovação da franquia poderia simplesmente optar por resolver o contrato, não renovar e continuar com o negócio, sem o pagamento das taxas de franquia.

Verifica-se, assim, que a pena convencional estipulada para proteção do know-how da rede franqueada, não deve ser limitada ao valor da taxa inicial de franquia, meramente com base na determinação do art. 412 do Código Civil, mas apurada considerando-se a finalidade de proteger a confidencialidade e a interdição de concorrência, na relação de natureza essencialmente colaborativa; ainda que haja somente know-how de negócio a ser protegido, sem ter havido o repasse de know-how de fábrica.

4.2. A redução equitativa prevista pelo art. 413 do Código Civil

Os acórdãos analisados no capítulo anterior abordam no caso concreto a previsão do art. 413 do Código Civil, segundo o qual “a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

Para tanto, indicam elementos que foram adotados como parâmetro para determinar a manutenção ou a redução equitativa da pena convencional, que a seguir serão discutidos.

Para analisar o valor da multa convencional no acórdão proferido no julgamento da Apelação 9108453-92.2007.8.26.0000, considerou-se que:

“No caso, o descumprimento da cláusula de não concorrência ocorreu após mais da metade do prazo previsto, ou sejam quatorze dos vinte e quatro meses inicialmente estabelecidos.

Além disso, não se demonstrou cabalmente que a lavanderia do apelante utilizava-se mesmo das técnicas ensinadas aos/franqueados.

Note-se, aliás, que as fotografias da fachada do estabelecimento indicam uma clara diferenciação dos traços arquitetônicos e sinais visuais (fls. 77/88).

Da mesma maneira, a localização da loja em município distinto daquele em que funcionou a franquia “5 à séc” do apelante - esta em São Paulo e aquela em Barueri - deve ser levada em consideração.

Por outro lado, tendo em vista a finalidade da multa e o comportamento do infrator, a redução não pode ser tanta a ponto de estimular o descumprimento contratual.”

Entretanto, o tempo de adimplemento do contrato não parece influenciar no prejuízo causado pelo descumprimento da cláusula de interdição. Transcorrido metade da vigência do contrato ou após sua dissolução, o uso indevido de know-how e o impacto negativo para a rede são os mesmos.

Em relação á necessidade de comprovação cabal da utilização das mesmas técnicas ensinadas aos franqueados, inexistente previsão contratual ou legal para se exigir a verificação de prova nesse sentido e como requisito para a aplicação da pena por descumprimento da cláusula de não concorrência.

A violação ocorre com a atuação no mesmo segmento de atuação da rede de franquias, sendo o bastante para valoração da pena a ser aplicada. Exigir do prejudicado a produção de provas nesse sentido, seria exigir que buscasse meios de se infiltrar nas atividades do negócio concorrente operado pelo infrator e, ainda, colacionar provas das técnicas utilizadas.

Ainda, não parece ser conclusiva a análise feita com a finalidade de se delimitar o quanto do know-how adquirido ao se atuar como franqueado é utilizado pelo franqueado na operação do negócio concorrente.

Igualmente, a concorrência refere-se á atuação no mesmo ramo de mercado, não importando se os traços arquitetônicos e sinais visuais são claramente distintos no estabelecimento do infrator. A concorrência é perpetrada da mesma forma, não se discutindo o uso indevido da marca franqueada ou dos seus elementos visuais identificadores.

Da mesma forma, a localização da loja em município distinto daquele em que funcionou a franquia não parecer se aceitável para se sopesar a pena a ser aplicada, porque não fez parte das condições avençadas entre as partes e ainda assim se trata de uso sem a devida contraprestação ao franqueador.

No julgamento da Apelação 0028009-84.2008.8.26.0068, além de se atribuir ao tempo de adimplemento do contrato a possibilidade de fundamentar a redução da pena convencional, igualmente, sem fundamentação, determina-se a redução por se considerar que a multa havia sido estipulada em alto valor, ao concluir que “devem os réus responder pela cláusula penal prevista, de forma mitigada, tanto pelo período pelo qual cumpriram corretamente o contrato, como pelo alto valor previsto.”

A formação do preço do know-how transmitido por meio da relação de franquia pode ser com base nas condições de uso sob as quais foi acordada a relação de franquia na qual a transmissão está inserida. Se tiver sido acordado que o

franqueado se absteria de atuar no mesmo segmento por determinado período e houve o descumprimento desse acordo, a penalidade é devida independentemente de se tratar de município distinto daquele no qual a franquia funcionou.

A rentabilidade média do negócio franqueado pode ser adotada como parâmetro para aferição da razoabilidade da pena e contribuir para a aplicação de forma a atingir a sua finalidade de preservar o know-how compartilhado pela rede.

Ainda, ressaltar a finalidade da multa e o comportamento do infrator é postura que aponta para a aplicação da pena convencional de forma a efetivamente proteger os interesses daquele que legitimamente almeja proteger seu negócio.

Trata-se do empreendedor que se lança no mercado para ampliar o seu negócio, formando relações de colaboração por meio da franquia, com a finalidade de atuar no desenvolvimento da rede franqueada. De fato, a necessidade de aplicação da pena convencional nos casos em discussão representa a ocorrência de violação ao negócio franqueado, da qual a rede franqueada se resguarda mediante a inclusão da penalidade aos contratos de franquia.

Ressaltando-se a gravidade da conduta penalizada e finalidade da pena convencional, no acórdão proferido no julgamento da Apelação 0135844-72.2007.8.26.0002, frisou-se que:

“De fato, houve claro farpeamento à cláusula de não-concorrência por parte do réu, no período defeso, em 30 de novembro de 2005 (fl. 116), com a instalação na livraria franqueada pela NOBEL, da cafeteria sob a denominação de VANILLA CAFÉ, sob a administração do réu (fl. 111), congênere da autora, aliada ao exame das fotografias encartadas aos autos, que, como salientado pela Magistrada (fl. 519), mostram a similaridade entre as lojas na exploração do mesmo ramo de comércio (fls. 366 e ss).”

No mesmo sentido, o julgamento da Apelação nº 0008489-18.2009.8.26.0032 ressaltou o seguinte:

“O não confirmar o contrato foi uma estratégia para usurpação da técnica operacional e da reputação comercial. MARIA HELENA DINIZ lembrou que a onerosidade do contrato de franquia é a regra porque “o

franqueado deverá pagar ao franqueador não só uma taxa de filiação pela concessão da franquia, mas também importâncias suplementares, consistentes em porcentagens sobre os produtos vendidos, que diminuirão os lucros do franqueado e representarão a remuneração do franqueador pela concessão de suas marcas na comercialização dos produtos” (Curso de Direito Civil Brasileiro, 27ª edição, Saraiva, 2011, vol. 3, p. 772).”

É verificado o desrespeito pelo franqueado ao princípio da boa-fé objetiva consagrado, no CC/02, no art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

No caso, penalizou-se o interessado em se tornar franqueado que firma o pré-contrato de franquia, mas opta por não integrar a rede franqueada com o claro intuito de aumentar seus lucros ao deixar de cumprir com a obrigação de pagar royalties que teria na condição de franqueado.

Para a aplicação plena da pena convencional, no julgamento da Apelação nº 9185234-87.2009.8.26.0000, impediu-se o enriquecimento sem causa que seria acarretada ao franqueado pela concorrência indevidamente perpetrada, impondo-se a contraprestação devida pela atuação, durante o período de interdição, no mesmo segmento da franquadora:

“Validamente, por conseguinte, desde que estabelecido no instrumento contratual, o óbice à continuação da atividade empresarial exercida pelo franqueado não se reveste de abusividade. E, de tal arte, seu cumprimento não pode ser afastado, sob pena de propiciar ao franqueado enriquecimento sem causa.

Como se constata do contrato de franquia objeto do presente feito, a cláusula vinte e um estabelece que, na hipótese dos franqueados exercerem atividade em negócio congênere ou concorrente da rede de franquia 5 à Séc, no prazo de um ano contado do fim do vínculo contratual, será devida multa equivalente a cinco vezes a taxa inicial de franquia (fls. 63). O dever, no entanto, não foi cumprido e, assim, a

conseqüência, livremente pactuada entre as partes, não pode ser elidida.”

Observa-se, assim, a efetivação da finalidade desta penalidade de compensar a rede franqueada pela atuação indevida do ex-franqueado no segmento de prestação de serviços que é oferecida pelas franquias, mediante a aplicação do know-how que também lhe havia sido transmitida.

Necessário frisar que a redução da pena convencional não pode ser judicialmente determinada a ponto de estimular o descumprimento contratual.

4.3. Parâmetros para análise da pena convencional

A análise pelo Poder Judiciário acerca da redução ou manutenção da pena convencional nos casos em apreço pauta-se em elementos que podem abranger: obrigação principal do contrato, tempo de adimplemento da avença, utilização das mesmas técnicas ensinadas aos franqueados, similaridade de identidade visual, localização da loja, estipulação da multa em alto valor, rentabilidade do negócio, gravidade da conduta penalizada que desrespeita o princípio da boa-fé objetiva, e finalidade da pena convencional impedindo-se o enriquecimento ilícito.

Nesse contexto, a definição da finalidade e causa para estipulação da pena convencional pode servir como parâmetro orientador coerente para a análise da adequação desta pena pelo Poder Judiciário e resultar em uma atenuação satisfatoriamente fundamentada.

A finalidade e a causa consistem em desestimular a e indenizar o uso indevido do know-how pelo franqueado, que a concorrência com utilização das técnicas que haviam sido transmitidas com restrições acarreta à rede franqueada, sem a devida contraprestação.

Esta penalidade visa restabelecer o equilíbrio na rede franqueada que é suscetível a eventual postura daquele que deliberadamente utiliza de forma desvirtuada a confiança que lhe é concedida ao ser aceito como franqueado.

O franqueado, com o objetivo de aumentar as chances de obter uma prestação jurisdicional mais favorável aos seus interesses, pode apresentar no processo dados que compõem a estipulação da pena convencional, tais como estudo de mercado feito para a análise da viabilidade econômica da expansão por meio da franquia e o faturamento médio mensal das unidades franqueadas.

Ainda, argumentar que se trata de penalidade referente ao descumprimento de uma cláusula penal que deixa de ser acessória e torna-se obrigação autônoma, por se considerar o objeto que almeja proteger. Tratando-se de obrigação que visa principalmente proteção do know-how que mantém a operação da rede franqueada, não tendo relação direta com a finalidade de efetivação da relação de franquia.

CONCLUSÃO

A análise dos julgamentos de recursos de Apelação que tratam da aplicação das cláusulas penais referentes à confidencialidade e interdição de concorrência permite constatar que a efetividade de tal estipulação contratual encontra incerteza jurídica ao ser levada ao crivo do Poder Judiciário, o qual pode desconsiderar ou menosprezar a relação que tal penalidade possui com o know-how que movimenta a rede franqueada; esvaziando, assim, a finalidade de tais cláusulas penais, ao diminuir consideravelmente o valor da multa nelas previstas.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Bruno C. F. Notas sobre o contrato de franquia. *Revista Síntese: direito empresarial*. v. 7, n. 36, p. 110-131, jan./fev. de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Responsabilidade Civil. Sentença n 1034402-96.2014.8.26.0100. Diário de Justiça do Estado de São Paulo, n. 1931, p. 571, 24 de jul. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Franquia. Apelação nº 0019134-28.2008.8.26.0068. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Desembargador Ricardo Negrão. São Paulo, SP. Diário de Justiça do Estado de São Paulo, p. 1124, 06 de fev. 2013.

COELHO, Fábio U. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*. v. 1. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELMANTO, Celso. *Crimes da Concorrência Desleal*. São Paulo: EDUSP; Bushatsky, 1975.

DINIZ, Maria H. *Tratado teórico e prático dos contratos*, v. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, Maria. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 2. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA F., Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Obrigações*. v. 2. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FONSECA, José J. B. *Direito antitruste e regime das concentrações empresariais*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

LADAS, Stephen P. *Industrial property*. Suíça: OMPI. Nações Unidas, n. 10, p. 245-246, out. 1960.

LOPES, Miguel M. de S. *Curso de Direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. v.2. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

PFISTER, Etienne, DEFFAINS, Bruno, DORIAT-DUBAN, Myriam, SAUSSIÉ, Stéphane. Institutions and contracts: Franchising. *European Journal of Law and Economics*, v. 21, p. 53-78, jan. 2006. Disponível em <<http://link.springer.com/article/10.1007/s10657-006-5671-4>>. Acesso em 10 de dez. 2015.

RODRIGUES, Silvio. *Dos Contratos e das declarações unilaterais de vontade*, v. 3. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direito Civil*. v. 2. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROQUE, Sebastião J. *Do contrato de franquia empresarial*. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2012.

SIEMSEN, Instituto Dannemann. *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VENOSA, Sílvio de S. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. v. 2. 12. ed. Atlas: São Paulo, 2012.

_____. *Direito civil: contratos em espécie*. 13. ed. 3. v. São Paulo: Atlas, 2013.

ANEXOS



7

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO A SOB Nº

ACÓRDÃO



01685815

CONTRATO – Franquia – Celebração de distrato – Cláusula de não concorrência – Inexistência de limitação territorial – Admissibilidade – Franqueado que impõe cláusula semelhante a vendedores de seu novo estabelecimento – Prática de atividade concorrente – Inteligência do disposto na Lei nº 8.955/94 – Cláusula penal – Multa – Aplicação, embora de forma reduzida, tendo em vista as características do caso – Inteligência do art. 413 do CC.
JUROS – Moratórios – Incidência de 12% ao ano, na forma do disposto no art. 406 do Código Civil – Sentença que mandou aplicar a “taxa SELIC” reformada – Apelação parcialmente provida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO Nº 7.187.395-5, da Comarca de São Paulo – 5ª VC F REG SANTO AMARO, sendo apelante ALFREDO CAPOZZI FILHO e apelada 5 À SEC DO BRASIL FRANCHISING LTDA..

ACORDAM, em Décima Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Trata-se de apelação tirada contra r. sentença que julgou parcialmente procedente “ação de obrigação de não fazer e pagamento de multa por descumprimento contratual” para condenar o réu ao pagamento de R\$-60.000,00 (sessenta mil reais) mais correção monetária, desde 12.08.2002, e juros de mora “pela taxa SELIC, contados desde a citação”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

O apelante sustenta nulidade da cláusula contratual que estipula não concorrência, por inexistir limitação territorial e por não ter captado qualquer cliente da apelada, inoccorrência de transmissão de "tecnologia" ou "know how", ser seu estabelecimento anterior à contratação da franquia e da própria titularidade dessa pela apelada, ter a apelada agido com má-fé ao obrigá-lo a adquirir "ponto comercial" endividado em conjunto com o contrato de franquia.

Subsidiariamente, alega que a multa deve ser reduzida, tendo em vista o momento da infração contratual e o art. 413 do Cód. Civil e que os juros de mora são de 0,5% (meio por cento) ou de 1% (um por cento) ao mês.

A apelada, em contra-razões, bate-se pela manutenção da r. sentença.

Recurso, no mais, bem processado.

É o relatório.

Assinala-se, primeiramente, que a discussão quanto ao regular cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de franquia entre a empresa do apelante e a apelada não interessa ao presente caso.

Tal se afirma porque qualquer questionamento dessa natureza ficou superado pela assinatura de distrato pelo qual cessam **"todas as obrigações e deveres acordados no instrumento ora rescindido"** (cláusula primeira – fls. 72).

Note-se, de outra sorte, que nas considerações preliminares os franqueados, Extraclean Serviços de Lavanderia S/C Ltda., Alfredo Capozzi Filho (apelante) e Sérgio Fernando Susini, **"reconhecem ter recebido todo o treinamento e suporte constantes dos instrumentos que celebrou (sic) com a**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

5 À SEC, não tendo nada a reclamar da atuação desta última... (item III - fls. 72).

Tampouco importa se o estabelecimento adquirido pelo apelante posteriormente à rescisão contratual, ou a titularidade da apelada quanto à franquia, eram ou não anteriores ao contrato e ao distrato.

Com efeito, o fato do estabelecimento ser anterior à celebração do distrato e, mesmo, do contrato de franquia, em nada altera a situação do apelante, uma vez ter se obrigado pessoalmente a não realizar qualquer atividade **"no mesmo segmento de mercado da 5 À SEC"** (item III da cláusula segunda – fls. 72), pouco importando a existência de estabelecimento semelhante pertencente a terceiro estranho à relação obrigacional.

De outra sorte, foi justamente contra essa possibilidade de aquisição de empresas e estabelecimentos que se acordou que os antigos franqueados não poderiam **"participar, quer como sócio, acionista, agente, funcionário, representante e/ou diretor, de qualquer outra empresa concorrente"** ("idem").

Nessa mesma linha de raciocínio, assinala-se que a discussão quanto à anterioridade do estabelecimento em relação à titularidade da rede de franquia pela apelada é de todo irrelevante.

Primeiro, porque, como já visto, o que importa é a data de aquisição do estabelecimento pelo apelante.

Segundo, porque há nos autos comprovação de que a apelada adquiriu regularmente o direito de concessão de franquias, assumindo todos os direitos e obrigações.

A questão central da lide, portanto, se restringe a saber se o apelante descumpriu cláusula contratual prevista no distrato e se a penalidade para tal descumprimento foi corretamente aplicada.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4

Observe-se, então, que a celebração de distrato com a chamada cláusula de “não concorrência” nada tem de irregular.

De acordo com tal disposição, uma das partes compromete-se a não realizar as mesmas atividades da outra, por possuir conhecimentos privilegiados de técnicas produtivas, treinamento, maquinário e qualquer outro aspecto distintivo de determinada empresa.

Trata-se, pois, de medida comum no ramo empresarial em que o segredo do sucesso do negócio muitas vezes está relacionado à forma única com que se insere no mercado.

Em contratos de franquia e especialmente em distratos, tal cláusula é ainda mais usual, uma vez que é oferecido ao franqueado acesso privilegiado às informações da atividade da franqueadora e que a tornam uma interessante opção de negócio.

No caso, o apelante, após ficar insatisfeito com os serviços da apelada, rescindiu o contrato de franquia que havia assinado, celebrando distrato em que se comprometia a manter **“a mais estrita confidencialidade em relação ao conteúdo de todas as instruções ou quaisquer informações que haja recebido da 5 À SEC ou de que haja tomado conhecimento em decorrência da relação contratual ora rescindida”** (item I da cláusula segunda – fls. 72).

Além disso, dispôs-se expressamente, pelo prazo de dois anos, a não atuar, por qualquer forma, **“no mesmo segmento de mercado da 5 À SEC [...] exceto na hipótese de obter anuência prévia...”**, o que, todavia, não fez (item III da cláusula segunda – fls. 72).

Como se nota dos autos, em 09.10.2003, o apelante constituiu uma nova empresa de lavanderia e adquiriu o estabelecimento localizado em Alphaville (fls. 129/140).

Tal procedimento, registre-se, deu-se após quatorze meses da data do distrato, o que evidentemente representa claro descumprimento



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5

contratual: há regulamentação legal para a franquia, com previsão de direitos e obrigações para ambas as partes (Lei nº 8.955/94) e é ínsita a tal atividade a manutenção da mais absoluta lealdade e boa-fé de parte a parte.

Por outro lado, deve-se observar que a tese do apelante de que a cláusula de não concorrência seria nula em virtude da falta de limitação geográfica não pode ser acolhida.

Embora se reconheça que, em regra, tal cláusula deva ser limitada temporal e geograficamente, neste caso concreto, não há como se reconhecer abusividade.

Como bem apontado pelo MM. Juízo de Primeiro Grau, o apelante, ao adquirir o estabelecimento em que atua, impôs a mesma cláusula à "vendedora e seus sócios", prevendo, inclusive, restrição temporal maior, isto é, de cinco anos (cláusula décima - fls. 136).

Dessa maneira, não só estava ciente de que a "concorrência mútua" era prejudicial aos negócios, como também procurou impô-la quando se viu em posição semelhante a da apelada.

No mais, todavia, o recurso vinga.

De acordo com o art. 413 do Cód. Civil, **"A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio"**.

No caso, o descumprimento da cláusula de não concorrência ocorreu após mais da metade do prazo previsto, ou sejam quatorze dos vinte e quatro meses inicialmente estabelecidos.

Além disso, não se demonstrou cabalmente que a lavanderia do apelante utilizava-se mesmo das técnicas ensinadas aos franqueados.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6

Note-se, aliás, que as fotografias da fachada do estabelecimento indicam uma clara diferenciação dos traços arquitetônicos e sinais visuais (fls. 77/88).

Da mesma maneira, a localização da loja em município distinto daquele em que funcionou a franquía "5 à séc" do apelante – esta em São Paulo e aquela em Barueri – deve ser levada em consideração.

Por outro lado, tendo em vista a finalidade da multa e o comportamento do infrator, a redução não pode ser tanta a ponto de estimular o descumprimento contratual.

Assim, e sopesadas tais circunstâncias, o valor deve ser fixado em R\$-35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

Por fim, também os juros moratórios devem ser reduzidos.

Como se sabe, após a vigência do atual Código Civil, os juros da mora passaram a ser contados à taxa de 12% ao ano, na forma do que dispõe seu art. 406, na linha, aliás, da jurisprudência dominante do C. Superior Tribunal de Justiça (ver, a propósito, o REsp 43614-SP).

No mesmo sentido o Enunciado 20 do CEJ (Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal): **"A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês"** e, ainda, o que se contem, no âmbito daquela C. Corte Superior, nos REsp 823.228, 804.628 e AI 766.853-AgRg.

Logo, não se pode admitir que sejam computados "pela taxa SELIC", devendo, isto sim, ser fixados em 12% ao ano.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento à apelação para reduzir a multa prevista na cláusula penal para R\$-35.000,00 (trinta e cinco mil reais), ficando os juros moratórios fixados em 12% ao ano.

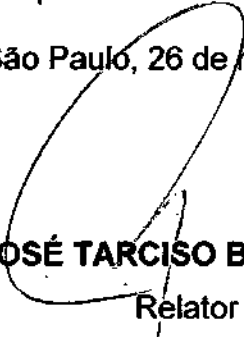


PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

7

Presidiu o julgamento, com voto, o Desembargador **MELO COLOMBI** e dele participou o Desembargador **THIAGO DE SIQUEIRA**.

São Paulo, 26 de março de 2.008.


JOSÉ TARCISO BERALDO

Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



02723822

ACÓRDÃO

FRANQUIA - Violação do contrato - Inexistência de cerceamento de defesa - Sociedade franqueada que, após escoado o prazo contratual, e sem renovação de contrato, continua a praticar, no mesmo lugar, a mesma atividade de venda de comida árabe, utilizando cores, conhecimento e aparência que constituem patrimônio da franqueadora - Ação por obrigação de não fazer, condenação ao pagamento de multa e perdas e danos acolhida em parte no primeiro grau para sufragar os dois primeiros pedidos e ordenar o fechamento do estabelecimento - Sentença que deu adequada solução à lide - Cabimento das *astreintes* ainda que não previstas em contrato - Fechamento do estabelecimento que é mero corolário da proibição contratual da continuação do negócio - Inexistência de violação ao art. 170 da CF - Apelo improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO Nº 991.09.031964-9 (7.391.202-8), da Comarca de GUARULHOS, sendo apelante LANCHONETE MYSTER 19 LTDA. ME e apelado MISTER S COMÉRCIO, EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRAÇÃO LTDA..

ACORDAM, em Vigésima Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Cuida-se de apelação por meio da qual quer ver a apelante anulada ou reformada a r. sentença de primeiro grau que acolheu em parte a ação ordinária que lhe move a apelada, determinando, consequentemente, a imediata cessação de suas atividades, sob pena da multa diária de R\$ 5.000,00 pela violação do preceito e condenou-a ao pagamento de indenização contratual de R\$ 60.000,00, tornando definitiva a concessão anterior de antecipação de tutela (cf. fls. 144/150). Sustenta, em apertada síntese, ter havido cerceamento de defesa; inexistir previsão contratual para o fechamento do estabelecimento comercial ou fixação de *astreintes*; ter havido encerramento normal do contrato; inexistirem os requisitos necessários à concessão da antecipação dos efeitos da tutela, como a prova inequívoca de verossimilhança ou reversibilidade da medida, e ter havido violação do art. 170 da CF. A apelada contra-arrazoou a fls. 287/305 defendendo a r. sentença recorrida e propugnando pelo improvimento do apelo. Entre as principais ocorrências encontram-se agravo de instrumento, improvido, e mandado de segurança, denegado,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

já julgados definitivamente, e que não interferem na situação fático-jurídica presente (cf. 415/418, 427/428, 438/439 e 251/252). Há agravo retido da autora a fls. 97/98, não reiterado.

É o relatório.

Não se conhece do agravo retido de fls. 97/98, interposto pela autora, vez que não reiterado nas contra-razões de apelação.

Rejeita-se, por outro lado, a preliminar de cerceamento de defesa suscitada pela apelante. Inexiste pertinência de qualquer outra prova além das já produzidas, de sorte que foi justificado o julgamento no estado da lide. A questão ficará mais clara no decorrer deste acórdão.

Passa-se ao mérito recursal.

Não renovado o contrato de franquia (MISTER SHEIK) celebrado entre as partes, a ré prosseguiu no negócio, vendendo o mesmo “mix” de produtos (*comida árabe do tipo “fast food”*), mantendo o mesmo “*ley-out*”, características, cores e “marketing” da autora (cf. fls. 91 e 91-A), além de usar o nome “MR SHEIK – AH. GUARULHOS” em comprovantes de pagamentos (cf. fls. 92), violando, com isso, a *confidencialidade* contratada (cf. itens 40 a 42.1 do contrato de franquia, cláusula XVI – fls. 44/45), dando ensejo ao pagamento da multa de R\$ 60.000,00 de que trata a cláusula XV, n. 39, do mesmo contrato (cf. fls. 44).

Defende-se a ré dizendo não estarem protegidas por patentes os alimentos preparados, tais como *kibes, esfihas, pastéis e outros salgados* (cf. fls. 125), o que não é verdade porquanto o contrato impedia o mesmo tipo de comércio. Verifica-se da cláusula 42 a vedação à atividade encartável no mesmo segmento e mercado, fazendo ela expressa referência às comidas árabes já referidas. O que não dizer, pois, quando a franqueada continua a ocupar o mesmo lugar, no mesmo *shopping center*, com as mesmas comidas e o mesmo visual? A confusão de marca é evidente no caso. Vê-se das fotografias de fls. 91, 91-A e 92 que a loja continuou sendo a mesma, até com o mesmo visual e cores, só tendo desaparecido a marca MISTER SHEIK, substituída que foi por PLANETA ESFIHA. Ressalte-se, ademais, que só um ingênuo acreditaria serem desiguais as receitas das iguarias servidas.

Verifica-se de todo o contrato a preocupação de a franqueadora transferir tecnologia, *marketing*, forma de agir, como, aliás, é próprio das franquias. Ao término do contrato, portanto, nada



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

poderia haver de semelhante, que pudesse induzir tratar-se da mesma franquia, como ocorreu no caso.

Em suma, houve mesmo frontal violação da confidencialidade retratada nos itens 40 a 42.1 mencionados na inicial.

No que concerne aos pedidos, a proibição imediata pretendida corporifica *obrigação de não fazer*, e o pagamento da multa compensatória traduz *condenação a perdas e danos pré-fixados*. Pois bem, a obrigação de não fazer, estabelecida nos arts. 642 e seg. do CPC é cumprida, nos termos do art. 644, de acordo com o art. 461, do mesmo diploma. Assim, a fixação de *astreintes* depara fundamento no art. 461, § 4º. Tal fixação foi pedida na inicial (cf. fls. 17), mas poderia ter sido estabelecida até de ofício, nos termos claros da lei. Assim sendo, não pode reclamar a ré da falta de contratação de multa.

De outra parte, a proibição contratual retratada nos itens 40 a 42.1 da avença tem como corolário o fechamento do estabelecimento. Evidente, se o contrato proíbe, sob pena do pagamento de perdas e danos pré-fixados, não precisaria dizer estar a atividade proibida. Isso é consequência da proibição. É corolário, como já se disse. As normas jurídicas, sejam individuais (contratos) sejam gerais (leis) são informadas pela *lógica do razoável*. Não é porque uma placa diz estar proibida a entrada de cães que se pode entrar com ursos. Assim também funciona o contrato. Não é porque não adota expressamente o fechamento do estabelecimento comercial que se pode entender poder o violador pagar a multa e continuar a exercer a atividade proibida. Isso seria de uma ilogicidade ímpar. Fechamento, no caso, não é pena; é consequência.

Por fim, não há violação do art. 170 da Lei Maior. A livre concorrência não é atingida por esse tipo de proibição, perfeitamente justificável na franquia porquanto, sem o contrato respectivo, não pode o franqueado continuar a exercer a mesma atividade, com violação expressa da avença, trazendo, com isso, prejuízos para o franqueador. Todas as liberdades individuais asseguradas pela Carta da República encontram limites nas violações de direito, quer decorrentes de lei, quer decorrentes da livre contratação. Vem dos romanos o dever de obediência aos contratos (**Pacta sunt servanda**). É conquista da civilização. Não se pode deixar de atentar para a definição de franquia expressado no art. 2º da Lei 8.955/94: "*Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional*".



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4

*desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.” O art. 170 da CF não autoriza a que se faça **tabula rasa** de tal conceito, desprotegendo marca, patente, tecnologia de implantação, administração de negócio ou sistema operacional. Merece ser acreditada a autora quando diz ter obtido a excelência da forma de comércio, enfeixada na marca MISTER SHEIK, à custa de duro trabalho, honestidade e probidade (cf. fls. 5). A conquista de mercado é difícil, como é fato notório. Não pode simplesmente a ré utilizar todo esse conhecimento, essa forma de trabalhar, sob o argumento de que a Constituição Federal lhe assegura a livre concorrência. Isso não é concorrer; é apropriar-se da marca e do trabalho alheio.*

Eis porque deve ser mantida a r. sentença recorrida.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, sem voto, o Desembargador **MAURÍCIO FERREIRA LEITE** e dele participaram os Desembargadores **ITAMAR GAINO (Revisor)** e **VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JÚNIOR**.

São Paulo, 02 de dezembro de 2009.

SILVEIRA PAULILO

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

55

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



03007497

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 990.10.109287-5, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante MISTER S COM EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRAÇÃO LTDA sendo apelado BEIRUTE PRATOS ÁRABES LTDA - ME.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES (Presidente) e IRINEU FAVA.

São Paulo, 19 de maio de 2010.

HERALDO DE OLIVEIRA
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO N°: 17719
APEL.N°: 990.10.109287-5
COMARCA: GUARULHOS
APTE. : MISTER S COM EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRAÇÃO LTDA.
APDO. : BEIRUTE PRATOS ARÁBES LTDA. ME

***PERDAS E DANOS - Contrato de franquia - Resilição do contrato - Utilização do Know How da franquiada, e permanência de utilização do mesmo estabelecimento e venda dos mesmos produtos pela franquiadora - Caracterizada a infração de confidencialidade do contrato - Devida multa contratual fixada no contrato - Ação procedente - Recurso provido*.**

Trata-se de Ação Ordinária de Perdas e Danos julgada improcedente pela respeitável sentença de folhas 230/235, impondo a autora o pagamento das custas e honorários advocatícios de R\$ 15.000,00. A respeitável sentença foi declarada às folhas 244.

Não se conformando com os termos da respeitável sentença, a autora apresentou a apelação de folhas 248/255, esclarecendo que a respeitável sentença foi omissa quanto ao desrespeito da apelada no tocante a confidencialidade prevista na cláusula 40 do contrato de franquia. A apelada ignorou as obrigações assumidas no acordo de confidencialidade e continuou as atividades do



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

seu restaurante, aproveitando todo o projeto da antiga franquia, usando toda estrutura apresentada pela franqueadora, inclusive vendendo os mesmos "mix" de produto. O empresário através da qualidades de seus produtos ou da eficácia de sua publicidade, associou uma informação determinada, que é a marca do produto, e com uma posição no mercado, que deve ser protegida, inclusive do uso do simbolo associado à firma, ou às mercadorias, podendo pedir confidencialidade a quem quer ter acesso ao segredo do sucesso do negócio. Assim, o sentido da demanda ora proposta pela apelante, é de garantir seus direitos adquiridos de propriedade industrial, restaurando o "status quo ante" por intermédio da reparação. A concorrência de 1,5 Km, não se refere ao fato afrontado. Requer provimento ao apelo.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

O agravo retido de folhas 195-B/203, não foi reiterado pelo apelado, ficando prejudicado.

Em que pese o entendimento do Meritíssimo Juiz a respeitável sentença não pode prosperar.

As partes firmaram o contrato de franquia de folhas 72/100, em 01 de fevereiro de 2007, tendo como objetivo a utilização do "know-How" do apelante para implantação e operações de uma lanchonete tipo "fast-food", com o direito de vender no varejo os produtos alimentícios expressamente autorizados pela franqueadora, ou seja, esfihas, pastéis, pizzas, sucos naturais, kibes, etc, conforme descrito na cláusula 01 (folhas 73/74).

O contrato tinha duração de 05 anos e podia ser resilido, tendo a apelada feito a notificação de folhas 101, contendo o Contrato de Franquia Padrão de 12 de junho de 2003 e o aditivo de 01 de fevereiro de 2007.

O artigo 2º da Lei 8.955/94 assinala que: *Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e*



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Assim a franquia é o contrato pelo qual um comerciante (franqueador) licencia o uso de sua marca ou patente para outro comerciante (franqueado), e também inclui a prestação de serviços de organização empresarial do franqueador ao franqueado.

Fábio Ulhoa Coelho assinala que a franquia é um negócio jurídico dito complexo, envolvendo o licenciamento de uso de marca e organização empresarial. Este último envolve, normalmente, o contrato de engineering (projeto de layout do estabelecimento), o contrato de management (treinamento de funcionários, estruturação administrativa, métodos de trabalho, padrões, logística etc.) e, finalmente, o contrato de marketing (colocação do produto junto aos consumidores) (Manual de Direito Comercial. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 443-444).

A lei nº 8.955/94 prevê a possibilidade do contrato de franquia regulamentar a situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a "know how" ou segredo de indústria a que venha ter acesso em função da franquia, e a implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador.

No caso, a apelada continua utilizando a mesma loja, no mesmo local, e vendendo os produtos semelhantes àqueles que fazem parte do contrato de franquia, sendo que a própria apelada utiliza a mesma forma de comercializar que era da antiga franquia, bastando verificar a foto de folhas 109 com as outras de folhas 107/108, e essa forma de comercializar está demonstrada pelos romaneios de pedidos da ré de folhas 112/116, no período de 12 de agosto a 23 de setembro de 2008, após a notificação para resilição do contrato de folhas 101, em 11 de junho de 2008.

As cláusulas de confidencialidade têm que ser vistas num conjunto, e é evidente que houve infração nas cláusulas 40 e 42, principalmente porque os sócios da apelada continuam a utilizar o mesmo estabelecimento para



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4

vender o mesmo comércio que é de esfihas, pastéis, pizzas e outros referidos na cláusula 42.

A distância de 1,5 Km como referido na sentença, e na audiência de folhas 227, tendo por base a cláusula 42.2 (folhas 192), teria para o caso da apelada abrir um outro estabelecimento sem respeitar a distância mínima de 1,5 Km de outro estabelecimento pertencente a franquia da apelante.

No entanto a situação do processo é diversa, ou seja, está participando da empresa que vende os mesmos produtos no próprio local que exercia antigamente, sem se afastar da sociedade, ou mudar de ramo, pelo prazo de 02 anos.

O que se verifica é que a apelada firmou o contrato de franquia, assimilou todo o "Know-How", da apelante do período de 01 de fevereiro de 2007 a 10 de junho de 2008, e simplesmente resiliu o contrato, e utiliza os mesmos métodos que eram utilizados pela antiga franqueadora, vendendo as mesmas coisas, da mesma forma, e com o estabelecimento assemelhado ao da apelante, com a mesma cor vermelha e o mesmo padrão, só que trocando o nome "Mister Sheik", e no mesmo local.

De sorte, que está plenamente caracterizada a infração a confidencialidade do contrato, e com isso enseja o pagamento da multa pré-fixada na cláusula 39, no valor de R\$ 60.000,00, atualizada de acordo com o índice geral de preços IGP-DI, a contar da data da infração, ou seja, o primeiro comprovante de que vem comercializando esses produtos (folhas 112).

Assim, julgo procedente a ação, para condenar a requerida/apelada a pagar a multa de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), atualizada monetariamente pelo IGP-DI a partir de 12/08/2008 (folhas 112-primeira comprovação da infração contratual).

Pela sucumbência, deverá a requerida arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 15% sobre o valor da indenização atualizada monetariamente.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5

Incide juros de mora de 1% a partir da
citação.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo para
o fim acima.


HERALDO DE OLIVEIRA
Relator



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2011.0000215660

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0120411-68.2006.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ARNALDO CHEMMER, JOSE MARCIO RIBEIRO, PLUG SERVIÇOS DE INFORMATICA S C LTDA e NOVAREDE FRANCHISING E PARTICIPAÇÕES LTDA sendo apelados NOVAREDE FRANCHISING E PARTICIPAÇÕES LTDA, ARNALDO CHEMMER, BIT TEC SERVIÇOS DE INFORMATICA LTDA, EGLE OLIVEIRA e APARECIDO DONISETE FERRAZ DE CAMPOS.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Homologaram a desistência dos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente), PIVA RODRIGUES E GALDINO TOLEDO JÚNIOR.

São Paulo, 4 de outubro de 2011.

GRAVA BRAZIL

RELATOR

ASSINATURA ELETRÔNICA



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

APELAÇÃO Nº: 0120411-68.2006.8.26.0000

APELANTES E APELADOS: ARNALDO CHEMMER, JOSÉ MARCIO RIBEIRO, PLUG SERVIÇOS DE INFORMÁTICA S/C LTDA. e NOVAREDE FRANCHISING E PARTICIPAÇÕES LTDA.

COMARCA: SÃO PAULO

JUÍZA PROLATORA: LUCILA TOLEDO P. DE BARROS PADILHA

Apelação e Recurso Adesivo - Ação declaratória de prática de concorrência desleal com cobrança – Procedência – Inconformismo de ambas as partes – Desacolhimento – Contrato de franquia vigente à época da alienação do estabelecimento comercial – Impossibilidade da atuação no mesmo ramo de atividade, salvo se por meio da rede franqueada – Inadimplemento contratual caracterizado – Multa por descumprimento que é devida – Cumulação da cláusula penal compensatória com indenização por perdas e danos que depende da comprovação de prejuízo excedente - Indenização descabida – Sentença mantida – Recursos desprovidos.

VOTO Nº 12126

I - Trata-se de sentença que, em "ação declaratória de prática de ato de concorrência desleal com pedido de antecipação parcial de tutela cumulada com cobrança", proposta por NOVAREDE FRANCHISING E PARTICIPAÇÕES LTDA. contra PLUG SERVIÇOS DE INFORMÁTICA e OUTROS, julgou extinto o processo com relação à corré Bit Tec Serviços de Informática Ltda., por ilegitimidade passiva, e procedente a demanda com relação aos demais corréus, "para condená-los ao pagamento de multa de R\$ 50.000". Confira-se a fls. 291/294.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

Inconformados, apelam os réus Arnaldo Chemmer, José Márcio e Plug Serviços de Informática S/C Ltda. (fls. 313/321), alegando, em resumo, ser inadequada a imposição da multa por inadimplemento, uma vez que a venda do Fundo de Comércio respeitou todas as cláusulas do contrato de franquia, tendo sido enviadas notificações à apelada acerca de seu direito de preferência, resilição, disponibilidade do material, bem como noticiando a venda do estabelecimento comercial. Ponderam que, ante as restrições contratuais, não restou alternativa que não a alienação do fundo de comércio a terceiros, onde foi negociado "...o conjunto de bens materiais que constituíam o estabelecimento comercial, como por exemplo, o mobiliário, o maquinário e outros utensílios em geral destinados direta ou indiretamente à exploração do comércio, porém nada que se relacionasse com a Franquia contratada." (fls. 320).

O preparo foi recolhido (fls. 328/330 e fls. 339), sendo o recurso recebido (fls. 340) e contra-arrazoado (fls. 342/355), oportunidade em que a autora interpôs recurso adesivo (fls. 357/371).

Alega a autora, em síntese, a omissão incorrida pelo MM. Juízo *a quo* "...acerca do pedido de perdas e danos formulado na exordial, e... da condenação dos Recorridos a se absterem da prática de atividade concorrente à da Recorrente" (fls. 359/360). Aduz que a caracterização de concorrência desleal, "...devendo os recorridos serem condenados ao pagamento, não só da multa contratual, como dos valores que a Requerente deixou de auferir



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4

em razão da conduta fraudulenta e desleal realizada" (fls. 365).

O preparo foi recolhido (fls. 372/374), sendo o recurso recebido (fls. 375) e contrariado (fls. 376/383 e fls. 385/396).

É o relatório, adotado, quanto ao mais, o da sentença apelada.

II - São fatos incontroversos: (i) a alienação do estabelecimento comercial, no qual funcionava unidade da "Bit Company", a terceiro, sem autorização ou anuência da franqueadora, (ii) a continuidade do exercício de atividade no mesmo ramo (setor de informática) naquele endereço, sendo, ainda, utilizado nome semelhante ("Bit Company" e "Bit Tec"); e (iii) a troca de notificações entre as partes em data anterior à alienação (fls. 83/86).

Como dito alhures, mediante o teor das notificações, pretendem os réus demonstrar a inexistência de descumprimento contratual, uma vez que alegam o prévio direito de preferência dado à autora, além da resilição ocorrida antes da venda.

Ocorre que, os apelados denunciaram o vínculo existente entre as partes de modo genérico (fls. 85). Note-se que, tanto naquela oportunidade quanto nos autos, não foi mencionada qual conduta específica tornou a avença



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5

"inexequível e impossível [d]e adimplemento" (fls. 85).

O contrato de franquia ainda era válido à época da alienação, de maneira que os apelantes deveriam ter observado suas determinações.

Conforme bem ressaltou o i. Magistrado de origem - em trecho que não merece qualquer reparo e adota-se como razão de decidir (art. 252 do Reg. Int.) -, "o franqueado é empresário menos livre do que o empresário que desdobrava sozinho seu ramo de atividade... a própria venda do ponto comercial é restrita, o que restringe igualmente o âmbito da cláusula de preferência de compra do estabelecimento comercial pela franqueadora. Realmente, durante a vigência do contrato ela pode optar entre adquirir o ponto comercial ou ceder os direitos de franqueado a terceiro que lhe convenha." (fls. 293).

E, estando o franqueado impedido de exercer a mesma atividade no ramo de informática pelo prazo de 24 meses, certo é que tal restrição deveria ser transmitida para o novo proprietário do estabelecimento comercial.

Afinal, é evidente que a manutenção da atividade comercial no mesmo endereço, com os mesmos alunos e com nome semelhante é apta a gerar confusão ao consumidor, caracterizando o aproveitamento da clientela e, portanto, inadimplemento contratual.

Caso pretendesse continuar atuando naquele setor de atividade, o novo proprietário deveria



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6

observar às disposições contratuais, se sujeitando à análise de perfil e ao pagamento da taxa de franquia, conforme orientado pela apelada (fls. 84), procedimento este que deveria ter sido respeitado e direcionado pelos apelantes.

Assim, sendo incontroversa a continuidade da atividade comercial no mesmo endereço, fica mantida a imposição da multa contratual.

III - Quanto ao recurso adesivo, melhor sorte não assiste à apelada.

A imposição pecuniária imposta - e confirmada no item acima - se caracteriza como cláusula penal compensatória e, portanto, corresponde à prévia fixação do dano causado com o inadimplemento.

Desse modo, ainda que prevista a possibilidade de cumulação de indenização por perdas e danos com a multa contratual (cláusula 12.9.2 – fls. 58), nos termos do parágrafo único, do art. 416, do CC, para a hipótese, compete ao credor provar o prejuízo excedente, o que inexistente nos autos.

Não há que se falar em ressarcimento por perdas e danos, além da multa já fixada, portanto.

Por derradeiro, considerando o pagamento do valor compensatório somado as particularidades



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

7

do caso, como o fato de as restrições contratuais não serem impostas a quem não é contratante e o tempo decorrido, melhor que se mantenha a possibilidade da continuidade das atividades pelos novos alienantes.

Assim, fica mantida a r. sentença guerreada, inclusive por seus próprios fundamentos.

IV - Ante o exposto, nega-se provimento aos recursos. É o voto.

DES. GRAVA BRAZIL - Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2011.0000267356

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0008489-18.2009.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante/apelado MARCOS AUGUSTO SECCO sendo apelado/apelante AILTON BRAZ SALAZAR ARAÇATUBA - ME.

ACORDAM, em Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento, em parte, ao recurso do réu e negaram provimento ao recurso adesivo da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROMEU RICUPERO (Presidente) e PEREIRA CALÇAS.

São Paulo, 8 de novembro de 2011.

ENIO ZULIANI
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº: 22749

APELAÇÃO Nº: 0008489-18.2009.8.26.0032

COMARCA: ARAÇATUBA

APELANTE [S] e reciprocamente APELADO [A/S]: MARCOS AUGUSTO SECCO e AILTON BRAZ SALAZAR ARAÇATUBA - ME

JUIZ PROLATOR: ANTONIO CONEHERO JÚNIOR

Franquia – Partes que celebraram pré-contrato relativo à produção e comercialização de cartuchos remanufaturados – Franqueado que, após o prazo do pré-contrato e aquisição do know-how, recusou-se a celebrar o contrato definitivo, perseverando, contudo, no desenvolvimento da mesma espécie de atividade, sem pagamento dos royalties cabíveis – Descumprimento da avença e inobservância da boa-fé objetiva – Rescisão que se impõe, com condenação do franqueado ao pagamento de cláusula penal reduzida para R\$ 40.000,00 – Apelo do réu provido, em parte (reduzir a multa para R\$ 20.000,00) e recurso adesivo da autora não provido.

Vistos.

AILTON BRAZ SALAZAR ARAÇATUBA-ME ajuizou ação em face de MARCOS AUGUSTO SECCO. De acordo com a inicial, as partes firmaram um pré-contrato de franquia em 21.12.2007, visando à venda de cartuchos remanufaturados de tinta e toner, da marca “Refil Cartuchos de Impressoras”, na Comarca de Londrina.

Ocorre que a avença foi descumprida porque o réu (franqueado) deixou de celebrar o contrato definitivo após a vigência do pré-contrato (um ano) e depois da aquisição do *know-how* (processo de fabricação, montagem, venda) da autora (franqueadora). O requerido teria continuado a comercializar os produtos sem pagamento de *royalties* e não mais introduziu o selo de autenticidade que permitia a conferência do volume vendido e do padrão de qualidade, alterando o nome do estabelecimento para “Life



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Cartuchos e Toners” (ao invés de “Refil Cartuchos e Toners”). Daí as razões do pedido de resolução do negócio e o pagamento da cláusula penal de R\$ 200.000,00.

Contestação às fls. 75/86, com alegação de: ilegitimidade passiva (o negócio teria sido transferido para a empresa de sua mãe - “Angélica Aparecida Alves Pereira Secco e Cia. Ltda.”); ausência de demonstrações financeiras da franqueadora (só fez falsas promessas de lucro) e de lista das franqueadas; falta de esclarecimento sobre as atividades desenvolvidas; ausência de minuta do contrato acompanhando a proposta; inexigibilidade de celebração do contrato definitivo sem qualquer adaptação.

Réplica às fls. 91/98. Foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela autora (fls. 164/166). Por precatória, procedeu-se à oitiva de ex-franqueado, mas foi acolhida a contradita apresentada pela autora (litigam em outro processo) e o réu interpôs agravo retido (fls. 228/230). Outros ex-franqueados arrolados pelo réu foram ouvidos (fls. 245/248). Por precatória, mais um ex-franqueado foi ouvido, só que como informante, razão pela qual novo agravo retido foi interposto pelo réu (fls. 270/271).

A ação foi julgada parcialmente procedente, com a resolução do contrato e condenação do franqueado ao pagamento de multa equivalente a R\$ 40.000,00 e 2/3 das custas e honorários advocatícios (fls. 342/346). Embargos de declaração do autor foram rejeitados (fls. 348/353).

Apela o réu MARCOS, reiterando o agravo retido interposto contra a decisão que deferiu a contradita relativa à testemunha que arrolou. Ademais, invoca o princípio da boa-fé e a transparência contratual, reiterando



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que a franqueadora tinha a obrigação de apresentar a circular de oferta de franquia com balanços e demonstrações financeiras, sob pena de anulabilidade (art. 3º e 4º, da Lei 8.955/94). Defende que a omissão da autora foi proposital, para induzir a erro o franqueado, eis que, na verdade, atividade não apresenta lucro algum. Também afirma que a carta proposta não foi clara (quanto às atividades, supervisões, orientações e treinamentos), ocultou o valor estimado para o investimento inicial, bem como os franqueados que se desligaram nos últimos 12 meses. Por fim, aduz que a franqueadora ainda praticava concorrência desleal em relação aos franqueados, ofertando os mesmos produtos pela Internet. Contrarrazões às fls. 374/395.

Interpôs a autora recurso adesivo forte no inadimplemento do contrato pelo réu e os efeitos, especialmente a comercialização dos produtos sem pagamento de *royalties*, cuja estratégia foi a de não consolidar o pacto. Argumenta que até hoje o requerido usufrui seu *know-how*, de modo que a cláusula penal deve ser mantida em seu patamar original (R\$ 200.000,00), até porque o réu nem sequer pediu a sua redução. Alega, ainda, que os ônus da sucumbência não deveriam ser repartidos e compensados (fls. 396/403). Contrarrazões às fls. 408/424.

Em apenso encontram-se os autos da impugnação à assistência judiciária gratuita pedida pela autora. Houve extinção pelo fato de a requerente ter recolhido as custas processuais.

É o relatório.

Não cabe prover o agravo retido e que foi objeto de reiteração, porque não existem motivos sérios para censura do acolhimento das



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contraditas das testemunhas arroladas, principalmente por ser incontroverso tratar-se de ex-franqueadas que contendem com a franqueadora em razão de contratos semelhantes. Ademais, essas pessoas foram ouvidas como informantes e essa prova foi valorada de acordo com os demais elementos probatórios, fato que afasta qualquer ideia de prejuízo para o processo ou para os litigantes. Sem prejuízo não há nulidade.

O requerido não tem razão quanto ao desate do mérito, embora caiba diminuir o montante da pena pecuniária. Também não lhe socorre a Lei 1060/50, porque não existe certeza de sua miserabilidade, sendo que o fator de ter movimentação negativa em uma determinada conta bancária, não significa pobreza que o impeça de recolher as taxas judiciárias.

No tocante ao negócio jurídico celebrado, destaque-se doutrina de FÁBIO ULHOA COELHO (*Manual de Direito Comercial*, 21 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 439-441), “a *franquia é um contrato pelo qual um empresário (franquiador – franchisor) licencia o uso de sua marca a outro (franquiado – franchisee) e presta-lhe serviços de organização empresarial, com ou sem venda de produtos. Através deste tipo de contrato, uma pessoa com algum capital pode estabelecer-se comercialmente, sem precisar proceder ao estudo e equacionamento dos aspectos do empreendimento, basicamente os relacionados com a estruturação administrativo, treinamento de funcionários e técnicas de marketing. Isto porque tais aspectos encontram-se devidamente equacionados pelo titular de uma marca de comércio ou serviço e ele lhe fornece os subsídios indispensáveis à estruturação do negócio*”.

E prossegue: (...) “*costuma-se atribuir aos franquiados o seguinte conjunto de encargos: a) o pagamento de uma taxa de adesão e de um percentual do seu faturamento; b) o pagamento pelos serviços de organização empresarial fornecidos pelo franquiador; c) a obrigação de oferecer aos consumidores*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apenas os produtos ou serviços da marca do franquiador, por ele fabricados, aprovados ou simplesmente indicados; d) observar, estritamente, as instruções e o preço de venda ao consumidor estabelecidos pelo franquiador. Por seu turno, o franquiador tem, normalmente, as seguintes obrigações: a) permitir ao franquiado o uso de sua marca; b) prestar os serviços de organização empresarial”.

Na hipótese, as partes celebraram em 27.12.2007 um pré-contrato de franquia pelo qual a autora passou ao requerido (que depois constituiu a empresa “Angélica Aparecida Alves Pereira Secco e Cia. Ltda.”) *know-how* para reaproveitamento e comercialização de cartuchos e *toners* para impressoras (fls. 21/27).

Porém, as provas documentais e testemunhais deixaram claro que o réu descumpriu o que foi avençado, na medida em que, após o transcurso de um ano e da aquisição da técnica da franqueadora, não celebrou o contrato definitivo como previsto na cláusula 26 (fl. 26), embora continuasse comercializando os produtos sem o pagamento dos percentuais acordados. Ademais, uma das testemunhas relatou que o réu também violou a cláusula de exclusividade (cláusulas 3ª, 7ª e 23), vez que estava vendendo mercadorias com selo de identificação diverso do da franqueadora (fl. 164).

O não confirmar o contrato foi uma estratégia para usurpação da técnica operacional e da reputação comercial. MARIA HELENA DINIZ lembrou que a onerosidade do contrato de franquia é a regra porque “o franqueado deverá pagar ao franqueador não só uma taxa de filiação pela concessão da franquia, mas também importâncias suplementares, consistentes em porcentagens sobre os produtos vendidos, que diminuirão os lucros do franqueado e representarão a remuneração do franqueador pela concessão de suas marcas na comercialização dos produtos” (Curso de Direito Civil Brasileiro, 27ª edição, Saraiva, 2011, vol. 3, p.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

772).

A não celebração do contrato definitivo é um fator secundário e não reflete uma solução pensada e refletida, após avaliação dos riscos e vantagens do negócio. O requerido recusou o fechamento, não porque receava o prejuízo, mas, sim, porque desejava seguir independente, aproveitando da técnica absorvida no período de avaliação, sendo que essa postura desleal ganha a relevância e caracteriza infração punível, apesar dos problemas da franquia, como denunciado por outros contratantes, que afirmaram: a franquia não rendeu o lucro projetado; tiveram prejuízo; que houve falha no suporte e concorrência da franqueadora, com oferta de produtos pela *internet* (fl. 228/230 e 245/248 e 270/271).

Bastava recusar, inclusive por uma notificação, e não mais praticar atividades similares. Ocorre que o requerido rompeu o vínculo (e claro, o repasse dos *royalties*) e prosseguiu na utilização do *know-how* adquirido com o pré-contrato, o que, além de violar a ideologia do negócio jurídico celebrado, afeta a lealdade que deve guiar as relações contratuais. Admitiu o réu em sua contestação (fl. 79) que jamais atuou no comércio e muito menos na área de equipamentos de informática, eis que era engenheiro agrônomo. Por outro lado, é fato que a comercialização dos cartuchos e *toners* foi mantida por ele (sem os devidos selos de identificação da franqueadora) após o prazo do pré-contrato (um ano), só que sob o nome de “Life Cartuchos e Toners”, ao invés de “Refil Cartuchos e Toners” – fl. 58.

Logo, a alegação de falta de rentabilidade não pode amparar o franqueado, mesmo porque a lucratividade abaixo do esperado decorre de inúmeros fatores e nem sequer poderia ser imputada inteiramente à franqueadora.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A tese de que a circular de franquia não tinha a transparência necessária e não veio acompanhada de balancetes tampouco socorre o réu (art. 3º e 4º, da Lei 8.955/94). Competia ao franqueado avaliar os riscos do negócio, o investimento, a concorrência, o mercado consumidor de sua área de atuação.

Ademais em nenhum momento anterior o requerido alegou a invalidade da avença ou requereu eventual complementação de documentos, estando superado qualquer vício pela própria execução do contrato. Da mesma forma, inexistente prova de que o réu agiu como se tivesse desfeito o acordo, de que tentou expor as deficiências do negócio à franqueadora ou adaptar os termos do contrato definitivo, bem como de que comunicou as razões pelas quais não tinha mais interesse na franquia.

Nesse panorama e considerando que o réu é um engenheiro, mostra-se inverossímil a tese de que foi ludibriado pela autora quanto à lucratividade do negócio. A omissão do franqueado quanto ao rompimento do vínculo aliado ao fato de que deu continuidade nos meses seguintes ao negócio com o *know-how* da franqueadora indica evidente tentativa de se beneficiar da própria torpeza. Ademais e como citado por RICARDO LUIS LORENZETTI (*Contratos – Parte Especial*, Buenos Aires, tomo I, p. 300) o franqueado só ganha direito de obter benefícios com eventual frustração das expectativas do negócio em tendo ocorrido uma omissão imperdoável do franqueador ou propaganda enganosa, como quando se ocultam os fracassos, valorizando somente as franquias com êxito, por constituir engodo. Forçoso admitir que a autora não se vinculou a nenhum tipo de informação falsa ou fraudulenta.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A alegação de que o pré-contrato foi revogado automaticamente após um ano em virtude das desvantagens do negócio é totalmente contraditória com a manutenção das atividades. E se o réu reputou o contrato findo ao término de um ano (logo, em 21.12.2008), por qual razão, por exemplo, só devolveu máquina de recarga de cartucho depois de notificado, em 14.03.2009 (fl. 55)?

Também é inadmissível o réu sustentar sua ilegitimidade passiva sob o pretexto de que, no curso do contrato, a autora estava negociando com a pessoa jurídica “Angélica Aparecida Alves Pereira Secco e Cia. Ltda.”, e não mais com ele. Está claro que referida sociedade foi criada pelo requerido, depois da celebração do pré-contrato e justamente para a comercialização dos equipamentos de informática. A constituição se deu em nome da genitora e do filho menor do franqueado, que permaneceu, obviamente, obrigado pelo negócio que em nome próprio firmou (fls. 21/27, 56, 63 e 103/104).

Evidenciado, pois, o desrespeito pelo franqueado ao princípio da boa-fé objetiva consagrado, no CC/02, no art. 422: “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”. A franquia é um contrato de boa-fé, afirmou FRAN MARTINS (*Contratos e obrigações comerciais*, Forense, 5ª edição, 1977, p. 596).

Sobre o assunto, inclusive, esclarece CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições de direito civil*, Vol. III, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 20): “*Esqueceu-se o legislador de incluir expressamente na fórmula do art. 422 os períodos pré e pós-contratual, dentro dos quais o princípio da boa-fé tem importância fundamental para a criação de deveres jurídicos para as*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

partes, diante da inexistência nessas fases de prestação a ser cumprida. Essa omissão não implica negação da aplicação da regra da boa-fé para essas fases antecedente e posterior ao contrato, muito pelo contrário, já que cabe aqui a interpretação extensiva da norma para abranger também as situações não expressamente referidas, mas contidas em seu espírito” (...) “A boa-fé objetiva serve como elemento interpretativo do contrato, como elemento de criação de deveres jurídicos (dever de correção, de cuidado e segurança, de informação, de cooperação, de sigilo, de prestar contas) e até como elemento de limitação e ruptura de direitos (proibição do venire contra factum proprium, que veda que a conduta da parte entre em contradição com conduta anterior, do incivilter agere, que proíbe comportamentos que violem o princípio da dignidade human, e da tu quoque, que é a invocação de uma cláusula ou regra que a própria parte tenha violado)”.

No caso, portanto, as partes celebraram espécie de contrato preliminar e o que se verifica é que, ao negar a celebração do contrato definitivo, o franqueado agiu de forma desleal, omitindo informações transparentes sobre o rompimento do vínculo, enquanto prosseguia na utilização da técnica adquirida.

Logo, a incidência da cláusula penal compensatória era de rigor. Sobre a temática do contrato de franquia, destaque a jurisprudência da Corte:

“AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – INADIMPLENTO CONTRATUAL - Contrato de Franquia - Natureza comercial - Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – Pré-contrato de franquia - Prorrogação tácita - Documentos juntados que comprovam o descumprimento do contrato de franquia - Descumprimento de cláusulas a autorizar a rescisão contratual - Multa - Não comprovada a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora - Ônus da prova que cabia as rés nos termos do art. 333, II, do CPC – Sentença



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mantida - RECURSO DESPROVIDO” (Apelação nº 9120071-39.2004.8.26.0000, SÉRGIO SHIMURA, 20.07.2011).

“CONTRATO DE FRANQUIA. Cessão de franquia. Ação de rescisão contratual c.c. indenização por perdas e danos. Com o prosseguimento do vínculo negociai, caberia às partes o cumprimento das obrigações que cada qual assumiu. Alegação de que a autora omitiu de forma dolosa, importante informação sobre os reais custos, faturamento e lucro da unidade franqueada. Irrazoabilidade. Cabia ao réu o estudo e a definição sobre a viabilidade do negócio, conforme estabelecido na cláusula 6, do pré-contrato. RESCISÃO UNILATERAL. O só fato de ter o franqueado interrompido por vontade própria o uso da franquia, deixa entrever a quebra unilateral, sem qualquer responsabilidade da autora (franqueadora)” (Apelação nº 7.009.349-5, JURANDIR DE SOUSA OLIVEIRA, 03.06.2008).

Contudo, o valor fixado para a cláusula penal ainda está exagerado e não condizente com a regra do art. 413, do CC, competindo reduzir para R\$ 20.000,00, mesmo que não tenha ocorrido impugnação específica. O juiz deve reduzir a verba excessiva e R\$ 40.000,00 não soa como adequado diante do montante global da avença que não foi formalizada.

Por esses motivos, o apelo do réu comporta recepção, em parte.

Por outro lado, o recurso adesivo da autora franqueadora também não prospera. Como bem constou da r. sentença, descabe condenar o requerido ao valor integral previsto no contrato (R\$ 200.000,00) porque a quantia supera o valor da obrigação principal (R\$ 60.000,00 em produtos e instalações, sendo a obrigação de pagar *royalties* variável), o que é vedado pelo art. 412, do CC.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ademais, independentemente de pedido do réu, verifica-se o montante pretendido é excessivo diante da rentabilidade do negócio e do tempo em que houve adequado adimplemento, sendo cabível a redução feita pelo d. juízo *a quo* e a nova diminuição estabelecida em grau de recurso, com base no art. 413, do CC: *“A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”*.

Isso posto, dá-se provimento, em parte, ao recurso do réu (apenas para reduzir a multa para R\$ 20.000,00, com juros de mora e correção monetária contados da citação e ajuizamento da ação, respectivamente) e nega-se provimento ao recurso adesivo da autora. Os demais termos da r. sentença ficam mantidos.

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2012.0000047051

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0028009-84.2008.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante/apelado 5 A SEC DO BRASIL FRANCHISING LTDA sendo apelados/apelantes SANS PLI LAVANDERIA LTDA, ELIZABETH M. P. PRUDENTE DE TOLEDO e WALDYR PRUDENTE DE TOLEDO JUNIOR.

ACORDAM, em Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos da autora e dos réus. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROMEU RICUPERO (Presidente) e JOSÉ REYNALDO.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2012.

Pereira Calças
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL
APELAÇÃO nº0028009-84.2008.8.26.0068

Comarca : Barueri - 2ª Vara Cível

Aptes/Apdos : 5 à Sec do Brasil Franchising Ltda.; Sans
Pli Lavanderia Ltda., Waldir Prudente de
Toledo Junior e Elizabeth M. P. Prudente de
Toledo

VOTO Nº 22.282

Apelações. Direito empresarial. Ação declaratória cumulada com pedido de obrigação de não fazer e indenização por danos materiais. Descumprimento por parte dos réus do dever de não concorrência previsto no contrato. Autora, por sua vez, que viola os limites territoriais da unidade franqueada dos réus, permitindo o estabelecimento, naquele perímetro, de outra unidade. Multa contratual devida apenas pelos réus. Violações bilaterais do contrato, contando, cada ato, com sua própria gravidade. Arbitramento do valor da multa, considerada excessiva à luz da parcela do contrato que já havia sido cumprida e do valor da obrigação principal (arts. 412 e 413 do CC). Cláusula de não concorrência. Legalidade, no caso. Precedente desta Câmara Especializada. Sentença mantida por seus próprios



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL
APELAÇÃO nº0028009-84.2008.8.26.0068

fundamentos, reproduzidos na forma do art. 252 do RITJSP. Precedentes do STJ e STF. Apelo da autora e apelo dos réus a que se nega provimento.

Vistos.

1. Trata-se de ação declaratória cumulada com obrigação de não fazer e pedido de indenização por danos materiais que **5 À SEC DO BRASIL FRANCHISING LTDA.** move contra **SANS PLI LAVANDERIA LTDA., WALDIR PRUDENTE DE TOLEDO JR. e ELIZABETH M. P. PRUDENTE DE TOLEDO**, julgada parcialmente procedente pela sentença de fls. 778/786, prolatada pelo Juiz Mario Sérgio Leite, cujo relatório é adotado. Na mesma oportunidade, a reconvenção ajuizada pelos réus foi julgada improcedente. Os embargos de declaração opostos pelos réus (fls. 792/802) foram rejeitados (fl. 816).

Apela a autora insistindo que os réus descumpriram inúmeras cláusulas contratuais, razão pela qual, não poderia o juiz ter reduzido a multa contratual estipulada, que é devida na íntegra, em valor equivalente a dez vezes a taxa de franquia. Sustenta ainda que não houve violação aos limites territoriais da unidade dos réus, uma vez que certamente o titular da nova franquia não teria aceitado tal situação. Pugna pelo provimento do apelo para que a ação seja julgada procedente, mantendo-se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL
APELAÇÃO nº0028009-84.2008.8.26.0068

a improcedência da reconvenção. Subsidiariamente, aduz que, caso mantida a redução praticada pelo magistrado, a multa deve ser calculada com base na taxa de franquia do segundo contrato celebrado pelas partes (não do primeiro), haja vista que foi este o instrumento descumprido pelos réus (fls. 804/810).

Por sua vez, apelam os réus alegando ser inconstitucional a cláusula que os impede, pelo prazo de dois anos, de explorar atividade no mesmo ramo da franquia, uma vez que, além de inserida em contrato por adesão, tal proibição violaria ainda os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. Sustentam que não houve qualquer descumprimento contratual de sua parte, tendo a autora deixado de cumprir com suas obrigações ao permitir a instalação de nova unidade franqueada em ponto situado a menos de 1 km de distância da sua. Pugnam pelo provimento do apelo para que a reconvenção seja julgada procedente, decretando-se a improcedência da ação. E, caso não seja este o entendimento adotado, requerem a revisão do critério de correção monetária e a redistribuição dos ônus da sucumbência, visto que a autora decaiu de parcela considerável do pedido (fls. 851/890).

Recursos bem recebidos, processados e respondidos; anotados os preparos.

Relatados.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL
APELAÇÃO nº 0028009-84.2008.8.26.0068

2. Analiso conjuntamente os apelos.

A sentença deve ser confirmada por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo desprovimento do apelo, nos termos do que permite o art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, que estabelece: *"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la"*.

Na Seção de Direito Privado desta Corte, o dispositivo regimental tem sido largamente utilizado por suas Câmaras, seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos. Anote-se, dentre tantos outros precedentes: **Apelação nº 994.06.023739-8**, rel. Des. Elliot Akel, em 17/06/2010; **Agravo de Instrumento nº 990.10.153930-6**, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, em 17/06/2010; **Apelação nº 994.02.069946-8**, rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, em 08/06/2010; **Apelação nº 994.05.106096-7**, rel. Des. Neves Amorim, em 29/06/2010; **Apelação nº 994.04.069012-1**, rel. Des. José Roberto Bedran, em 22/06/2010; **Apelação nº 990.10.031478-5**, rel. Des. Beretta da Silveira, em 13/04/2010; **Apelação nº 994.05.0097355-6**, rel. Des. James Siano, em 19/05/2010; **Apelação nº 994.01.017050-8**, rel. Des. José Joaquim dos Santos, em 27/05/2010; **Apelação nº 994.04.080827-0**, rel.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL
APELAÇÃO nº0028009-84.2008.8.26.0068

Des. Alvaro Passos, em 17/09/2010; **Apelação nº 994.04.073760-8**, rel. Des. Paulo Alcides, em 01/07/2010; **Agravo de Instrumento nº 990.10.271130-7**, rel. Des. Caetano Lagrasta, em 17/09/2010.

O colendo Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece *"a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisor"* (REsp nº 662.272-RS, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp nº 641.963-ES, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp nº 592.092-AL, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. de 17.12.2004 e REsp nº 265.534-DF, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. de 1.12.2003).

E também o Pretório Excelso tem entendido correntemente que é possível adotar os fundamentos de parecer do Ministério Público para decidir, assim o tendo feito recentemente na decisão da lavra do eminente Ministro DIAS TOFFOLI, nos RE nº 591.797 e 626.307, em 26.08.2010, em que assenta, textualmente, o que segue: *"Acompanho na íntegra o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, adotando-o como fundamento desta decisão, ao estilo do que é praxe na Corte, quando a qualidade das razões permitem sejam subministradas pelo relator (Cf. ACO 804/RR, Relator Ministro Carlos Britto, DJ 16/06/2006; AO 24/RS, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 23/03/2000; RE*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL
APELAÇÃO nº 0028009-84.2008.8.26.0068

271771/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ 01/08/2000)".

Consigna-se apenas que, corretamente, da sentença consta o seguinte:

"O pedido formulado na ação principal é parcialmente procedente e improcedente a reconvenção.

Em primeiro lugar, observo que o contrato entre as partes já estava resolvido em razão do decurso de tempo. A autora não renovou o contrato e, dessa forma, as discussões existentes quanto à culpa na execução do contrato serão analisadas para fins de aplicação das penalidades previstas, sem necessidade de declaração de sua rescisão.

O contrato é de franquia e se exauriu com o decurso do tempo. As partes firmaram o primeiro contrato em 1998 e renovaram em 2003, por mais cinco anos. Finalmente, em 2008, diante da não renovação, houve o término da relação comercial entre as partes.

Os réus-reconvintes tinham como obrigação principal, ao término do contrato, sob pena de grave multa, não se utilizarem da marca e, durante dois anos, não poderiam exercer atividade congênere ou concorrente da autora. Os réus descumpriram a cláusula contratual e essa é a questão principal desses autos.

Com efeito, com o devido respeito aos advogados, houve muita discussão desnecessária. O contrato já estava exaurido pelo decurso



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL
APELAÇÃO nº 0028009-84.2008.8.26.0068

do tempo. Não houve discussão quanto a não renovação do contrato e, assim, descumprimento de pequenas regras durante sua execução, como ausência de treinamento e produtos impróprios acabaram se tornando irrelevantes.

A autora, é certo, demonstrou que durante a execução do contrato os réus não seguiram estritamente as obrigações previstas pela franqueadora. Acabaram usando alguns produtos não homologados e faltaram em alguns treinamentos, como esclareceram as testemunhas Rejane e Leda.

A autora também não agiu dentro da mais estrita boa-fé. De fato, autorizou a instalação de uma outra loja muito próxima à da autora, violando o território.

A autora-reconvinda autorizou a instalação de uma unidade entre as ruas Jaguaribe e Martins Francisco, muito próxima à loja dos réus. Referida loja, segundo a prova testemunha colhida nos autos, chegou a praticar preço diferenciado. As testemunhas José e Ivan confirmaram a prática de preços menores pela nova unidade franqueada.

Regras contratuais foram descumpridas mutuamente, mas, se o contrato foi cumprido até o final, os fatos não foram tão significativos. A reconvenção, fundada na culpa da autora, não pode ser acolhida.

Os réus descaracterizaram a loja, ao contrário do que sustenta a autora, muito embora tenham permanecido no local e descumprido regra de ouro de não concorrência. Os réus-reconvintes violaram princípio expressamente previsto contrato, ou seja, permaneceram operando comércio no



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL
APELAÇÃO nº 0028009-84.2008.8.26.0068

mesmo local.

A loja agora utilizada pelos réus não guarda relação direta com a da autora. Houve mudança significativa de fachada e no interior da loja. As fotografias juntadas pelos réus, de estabelecimentos diversos, indicam que as lavanderias em geral seguem um padrão hoje. Não existe, assim, violação da tecnologia da autora, da sua forma de operar e dos seus direitos de uso de marca. O sistema e métodos de operação do negócio são praticamente os mesmos em todas as grandes lavanderias que hoje dominam o mercado e não se constata, assim, que os réus, nesse aspecto, tenham violado concorrência.

Os réus-reconvintes, contudo, permaneceram no mesmo imóvel, explorando o mesmo negócio. Existia cláusula expressa e impeditiva de operarem dessa forma, com previsão de multa.

O contrato estabelecia que os réus não poderiam explorar o mesmo ramo de atividade por dois anos e assim o fizeram, exatamente no mesmo ponto. Referida regra não viola a Constituição Federal, pois a concorrência deve ser exercida de acordo com as regras legais.

A questão dos autos é impar. Durante a execução do contrato os réus não seguiram o bom padrão do contrato de franquia e por isso esse não foi renovado. A autora, por sua vez, também não respeitou a regra do território durante certo lapso de tempo. Ao final do contrato os réus continuaram no mesmo ramo de atividade.

Ora, de relevante, houve desrespeito maior à regra do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL
APELAÇÃO nº 0028009-84.2008.8.26.0068

contrato de concorrência desleal por parte dos réus, pois permaneceram no local explorando a mesma atividade. Devem responder por multa, mas que deve ser reduzida frente ao caso concreto.

A regra contratual também não é meramente potestativa, como sustentam os réus. É regra basilar dos contratos de franquia, especialmente quanto à não concorrência desleal.

De fato, como bem apontou a Advogada dos réus, o valor da penalidade prevista ultrapassa mesmo o valor da obrigação principal, o que é vedado com base no art. 412, do Código Civil. Entendo como valor principal o valor da taxa de franquia à época da contratação.

Os réus, ademais, permaneceram por dez anos na atividade, o que por si só implicaria na redução da cláusula penal. Houve grande parte de cumprimento das obrigações. As pequenas irregularidades cometidas na execução do contrato, por ambas as partes não foram tão relevantes, tanto que o contrato continuou em termos. Nesse ponto, mais uma vez, lembro que a reconvenção não pode ser acolhida. O desrespeito a regra de territorialidade não daria causa a motivo para o rompimento contratual e não houve clara demonstração de danos.

Assim, devem os réus responder pela cláusula penal prevista, de forma mitigada, tanto pelo período pelo qual cumpriram corretamente o contrato, como pelo alto valor previsto. A cláusula penal deve ser interpretada frente ao caso concreto, inclusive a culpa recíproca durante a execução do contrato. De qualquer forma, não poderiam os réus e esta aí a grande violação às



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

APELAÇÃO nº0028009-84.2008.8.26.0068

regras de franquia e ao contrato, permanecerem no mesmo local e explorando a mesma atividade. A multa deve ser fixada na importância de R\$ 20.000,00, que é o valor do contrato de franquia, corrigido monetariamente desde a assinatura da primeira avença e com juros da citação."

Correto o entendimento do juiz no que se refere à sorte da ação e da reconvenção.

A prova constante dos autos evidencia que ambas as partes violaram uma série de obrigações previstas no contrato de franquia, cada qual em sua medida. Em especial: a autora, ao autorizar a instalação de unidade franqueada a menos de 1 km de distância da dos réus, desrespeitando, assim, o limite territorial inerente ao negócio, e estes, por sua vez, ao se restabelecerem no mesmo local após o término do contrato, explorando o mesmo ramo de atividade, a despeito de proibição expressa neste sentido (fls. 58 e ss.; cls. 20 e ss.).

E, embora as violações tenham sido bilaterais, cada ato conta com sua própria gravidade, não havendo que se falar em culpa concorrente, excludente mútua de responsabilidade.

No caso, bem andou o magistrado ao valorar a extensão da conduta de cada parte, inclusive no que se refere à redução e arbitramento do valor da multa



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

APELAÇÃO nº0028009-84.2008.8.26.0068

perseguida pela autora. Conforme determinam os arts. 412 e 413 do CC, tanto se levou em consideração neste mister o *quantum* previsto para a hipótese de violação à regra de não concorrência (correspondente a 10 vezes o valor da taxa de franquia; fl. 64, cl. 30), a parcela do contrato que havia sido cumprida, a desproporcionalidade que a multa guardava em relação à obrigação principal, quanto, de outro lado, o valor taxado para os demais descumprimentos contratuais (fl. 64, cls. 28 e ss.), além do pleito reconvenicional de devolução da taxa inicial de franquia (fl. 486), nada havendo a reparar, seja para mais ou para menos, no montante final de R\$ 20 mil, bem arbitrado, por equidade, pelo magistrado.

No que se refere à previsão contratual que veda a participação dos réus, pelo prazo de dois anos contados do término do contrato, em *“qualquer outro negócio congênere ao desenvolvido pela 5ª SEC e/ou pela rede de franquias”*, esta Câmara Reservada já se manifestou, em caso análogo, de relatoria do eminente Des. ÊNIO ZULIANI, que *“não parece ser a hipótese de manipulação opressora para fins de dominação do mercado, sendo correto admitir, pelo princípio da razoabilidade, entender não ser excessivo o prazo de abstenção de atividade concorrente (dois anos), tempo de maturação suficiente para que o licenciado não obtenha enriquecimento indevido com o fim da licença de exploração de serviços, marcas e insígnias.”* (Agravado de Instrumento nº 0168948-22.2011.8.26.0000). Bem por isso, irretocável o entendimento adotado neste ponto.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL
APELAÇÃO nº0028009-84.2008.8.26.0068

Por fim, nada a reparar também quanto à distribuição do ônus da sucumbência, uma vez que, na ação, tanto o pedido referente à obrigação de não fazer (a despeito de pronunciamento específico) quanto o de recebimento do valor da multa pelo descumprimento da obrigação de não concorrência foram julgados procedentes, havendo que se considerar, ainda, a improcedência da reconvenção.

Bem por isso, será integralmente mantida a sentença.

Outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram acertadamente deduzidos na sentença, e aqui expressamente utilizados para evitar inútil e desnecessária repetição, a teor do artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

3. Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo dos réus e ao apelo da autora, nos termos acima explicitados.

DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2013.0000153180

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0117238-03.2006.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes DIRETA SERVIÇOS LTDA, LIMPIDUS SISTEMAS AVANÇADOS DE LIMPEZA LTDA e LSP FRANCHISING E SERVIÇOS LTDA, são apelados LIG & LIMP SERVIÇOS DE LIMPEZA COMERCIAL S/C LTDA e SILVIO SEITI TAKAHASHI.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do agravo retido; afastaram a preliminar; deram provimento parcial à apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), MAURO CONTI MACHADO E SEBASTIÃO JUNQUEIRA.

São Paulo, 4 de março de 2013.

Ricardo Pessoa de Mello Belli
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

19ª Câmara

Apelação com revisão nº: 0117238-03.2006.8.26.0011

Comarca: CAPITAL – 4ª Vara Cível do Fórum Regional de Pinheiros

Apelantes: DIRETA SERVIÇOS LTDA. e outros

Apelados: LIG & LIMP SERVIÇOS DE LIMPEZA COMERCIAL S/C LTDA. e
SÍLVIO SEITI TAKAHASHI

MM. Juiz de primeiro grau: Paulo Henrique Ribeiro Garcia

Voto nº 15.025

Apelação – Contrato de franquia – Ação cominatória c.c. cobrança de multa c.c. indenizatória – Sentença de rejeição dos pedidos – Reforma parcial, apenas para o acolhimento do pleito voltado à percepção da multa contratual, proclamada sucumbência recíproca e equivalente.

1. Agravo retido – Recurso não merecendo ser conhecido, por não reiterado.

2. Cerceamento de defesa – Inocorrência – Pleito incompatível com ato anteriormente praticado pelo suscitante da preliminar, que manifestara concordância com o encerramento da fase instrutória – Preclusão lógica verificada.

3. Concorrência desleal – Quadro de provas não deixando a menor dúvida de que o franqueado atuou como preposto de empresa constituída por terceiro para atuar no mesmo ramo empresarial da franqueadora, em plena vigência do contrato de franquia – Evidenciada, nitidamente, infração a cláusula que proíbe o franqueado de fazer concorrência à franqueadora, ainda que como empregado de terceiro – Multa contratual devida.

4. Pedidos cominatórios – Carência superveniente – Desfeito o contrato no ano de 2006, o que não se discute, não mais se justifica, à falta de amparo contratual ou legal, impedir o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

outrora franqueado de fazer concorrência à franqueadora, sentença que teria efeitos unicamente prospectivos.

5. Pedido indenizatório – Completa ausência de provas dos danos que a franqueadora diz ter experimentado – Cenário em que não há lugar para a pretendida indenização por danos materiais, diferida para liquidação a prova desses danos, com o que se estaria proferindo sentença condicional, algo vedado pelo art. 460 do CPC – Precedentes.

Agravo retido não conhecido; preliminar afastada; apelação parcialmente provida.

1. Trata-se de ação cominatória c.c. cobrança de multa contratual c.c. indenizatória, demanda proposta por DIRETA SERVIÇOS LTDA. e outros em face de LIG & LIMP SERVIÇOS DE LIMPEZA COMERCIAL S/C LTDA. e SÍLVIO SEITI TAKAHASHI.

Decorre a demanda de contrato de franquia celebrado entre as partes. Segundo a petição inicial, os réus, franqueados, teriam praticado concorrência desleal em prejuízo da franqueadora.

A r. sentença julgou improcedente a ação, à falta de prova bastante da alegada concorrência desleal (fls. 1349/1351).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelam as vencidas, argumentando, em síntese, haver provas robustas da prática de concorrência desleal, consistentes em (i) laudo pericial emprestado do processo criminal movido contra Marco Porto, “sócio” do aqui apelado Silvio, dando conta de demonstrar a participação do primeiro na concorrência desleal praticada em detrimento delas, demandantes; (ii) sentença cível na ação conexa, cuja apelação foi julgada por esta Colenda Câmara, condenando Marco Porto e a empresa RWA pela prática de concorrência desleal em prejuízo das mesmas apelantes; (iii) esclarecimentos do perito, no âmbito de medida cautelar de busca e apreensão, instaurada perante o juízo criminal, no sentido de que o apelado Silvio retirava dinheiro da empresa RWA e atuava em conjunto com Marco Porto; (iv) mensagem eletrônica enviada às apelantes pelo apelado Silvio, desculpando-se pelo ocorrido. Objetiva, portanto, a reforma da sentença ou, em caráter subsidiário, a anulação do decidido por cerceamento de defesa (fls. 1359/1368).

2. Recurso tempestivo (fls. 1354 e 1359), preparado (fls. 1369/1370) e respondido (fls. 1375/1377).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3. O recurso foi inicialmente distribuído à Egrégia 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, sobrevindo decisão monocrática de fls. 1384/1386, que declinou da competência para o recurso, em razão de prevenção desta 19ª Câmara.

Redistribuída a apelação, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório do essencial.

4. Primeiramente, anoto que não merece ser conhecido o agravo retido de fls. 1305/1306, interposto pelos apelados contra a decisão de encerramento da fase instrutória, por não reiterado em contrarrazões.

5. Desarrazoado, por outra parte, pretenderem as apelantes a anulação da sentença por cerceamento de defesa.

Basta observar que, a respeito da decisão de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

encerramento da fase instrutória, assim se manifestaram as apelantes: “A r. decisão que encerrou a instrução nos parece judiciosa, na medida em que as provas documentais demonstram categoricamente a procedência da ação, inexistindo necessidade de dilação probatória” (v. fl. 1310, item “1”).

A alegação de cerceamento de defesa encerra, pois, “venire contra factum proprium”; operou-se, a respeito da questão, o fenômeno da preclusão lógica, ou seja, a impossibilidade de a parte postular determinada providência judicial em razão da incompatibilidade entre aquilo que pediu e a sua própria conduta processual anterior.

6. Apesar do elevado número de volumes do caderno processual, a resolução do mérito do litígio é simples, não comportando grandes digressões.

(a) Importa assinalar, em primeiro, que os aqui réus/apelados não impugnam, ao menos de maneira especificada, a justiça da decisão proferida no feito antecedente, tido como conexo em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

relação a este, que condenou os ali réus Marco Porto e as empresas L/SP 56 Adonai Serviços de Limpeza S/C Ltda., franqueada de titularidade do mesmo Marco Porto, e RWA Serviços de Limpeza, pela prática de concorrência desleal em detrimento das autoras/apelantes.

Limitam-se os apelados a afirmar que as apelantes, franqueadoras, deram causa ao episódio, uma vez que dirigiam a clientela a franqueados outros, isso esvaziando a atividade empresarial de ambos os franqueados réus, seja o do primeiro processo, seja o deste.

Contudo, a assertiva é vazia de conteúdo, haja vista a completa ausência de provas da alegação. Aliás, fosse verdadeira a versão dos apelados, teriam eles notificado formalmente as apelantes, antes da prática dos atos de suposta concorrência desleal, com o objetivo de documentar a conduta predatória da franqueadora e exigir-lhe correção de rumos, pena de rescisão justificada do contrato etc.

Nada disso foi feito, valendo assinalar que o propósito de desfazimento do específico negócio tratado nestes autos só



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

foi manifestado em 11.9.06 (fl. 78), pelo menos dois meses depois de descobertos os atos aqui imputados aos apelados (o laudo elaborado na medida cautelar de busca e apreensão, instaurado perante o juízo criminal, em que tais infrações são apontadas, é datado de 18.9.06, fls. 88 e segts).

(b) Isso assentado, observo que os documentos que instruíram o laudo sobredito, obtidos na diligência de busca e apreensão, não deixam nenhuma dúvida da prática, pelo aqui corréu Silvio, de atos de gestão em nome e proveito da pessoa jurídica RWA, com o nome fantasia “H2Office”, esta a empresa constituída pelo já mencionado Marco Porto, para angariar a clientela e a tecnologia das franqueadoras apelantes, tanto que também condenada no processo antecedente — insisto.

Bem é de ver as “fichas de aprovação de orçamento”, documentadas em impresso de “H2Office” e subscritas pelo aqui corréu Silvio (fls. 101 e 104) — que não impugnou o teor e a autenticidade daqueles documentos, sobretudo da assinatura a ele ali



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

atribuída.

Como não bastasse, os documentos de fls. 89 e 849 evidenciam que RWA (“H2Office”) e a franqueada aqui ré, pertencente a Silvio, eram estabelecidas no mesmo endereço.

Os microcomputadores apreendidos na diligência armazenavam, com efeito, arquivos de dados pertinentes a RWA e Lig & Limp, a aqui corré (fls. 114/116 e 223/225).

Não por outra razão, o mesmo Silvio, descoberto o ilícito, dirigiu mensagem eletrônica às apelantes, com pedido de “desculpas” (cf. fl. 79) – embora o teor da mensagem não permita aferir a que se deviam as escusas, a cronologia dos fatos deixa claro que se relacionavam elas aos fatos expostos na petição inicial desta demanda.

É o que basta dizer para concluir, sem a menor margem de dúvida, que o aqui corréu Silvio, na melhor das hipóteses, agia como preposto da pessoa jurídica RWA (“H2Office”), constituída, repito,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

para captar os clientes das franqueadoras apelantes, ou, no mínimo, para atuar na mesma área empresarial destas últimas.

Tal cenário evidencia, ainda de maneira cristalina, infração à cláusula “36” do contrato celebrado entre os litigantes, assim redigida: “O franqueado se obriga, durante a vigência deste contrato e no prazo de 02 (dois) anos do seu término ou rescisão, a não participar, como empregado ou sócio, de qualquer outra empresa prestadora de serviços de limpeza, que atue no mesmo segmento e mercado da Limpidus, sob pena de o fazendo, incorrer na indenização prevista na cláusula 26 acima” (v. fl. 71).

(c) Onde a procedência do pedido voltado à condenação do franqueado Silvio Seiti Takahashi ao pagamento da multa prevista na cláusula “26” do contrato, na importância de R\$ 15.076,68 (cf. fl. 21, item “vii”, valor não impugnado).

Tal quantia experimentará correção monetária desde a data do ajuizamento da demanda e ao principal corrigido serão



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

acrescidos juros de mora, de 1% a.m., a contar da citação.

(d) No que concerne ao pedido destinado à condenação dos réus a se abster da prática de atos de concorrência, observa-se a verificação do fenômeno da chamada carência superveniente.

Isso porque, não atendido o pleito de antecipação de tutela, a sentença de acolhimento daquele pedido teria efeitos prospectivos, vale dizer, “ex nunc”.

E, nessa altura, já decorridos bem mais de dois anos desde o desfazimento do contrato, o que se deu em setembro de 2006, não mais existe amparo contratual ou legal para proibir os réus de fazer concorrência às apelantes.

(e) O cenário dos autos não permite o acolhimento do pedido indenizatório.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Efetivamente, para que houvesse o acolhimento daquele pedido, seria de absoluto rigor a existência de um mínimo de provas dos afirmados danos, haja vista que, proibindo o art. 460 do CPC a chamada sentença condicional, o “an debeatur” deve ser demonstrado e reconhecido na etapa de conhecimento, apenas podendo ser relegada para liquidação a fixação do “quantum debeatur” (v. RTJ 105/1289, RT 694/88, entre inúmeros outros julgados apontados na obra de THEOTONIO NEGRÃO, 40^a ed., em anotações ao art. 460 do CPC, verbetes “21a” e “22”).

E não há prova dos alegados danos materiais afirmados pelas apelantes, nem mesmo de efetivo desvio de clientela.

(f) Quanto à pretensão “cautelar”, esta no sentido de autorizar as ora apelantes a realizar o pagamento de verbas trabalhistas dos empregados da franqueada aqui corré, mediante a retenção do repasse de valores devidos a esta última, as autoras/apelantes jamais ostentaram interesse processual, pelo prisma da necessidade da tutela assim reclamada.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Basta dizer que teria sido perfeitamente possível às apelantes saldar os débitos trabalhistas de responsabilidade da franqueada, já que o art. 304 do CC outorga a qualquer indivíduo, ainda que não interessado, o direito de realizar o pagamento de responsabilidade de outrem, e de lançar mão dos meios legais destinados a compelir o credor ao recebimento.

E nada justificava, à falta de previsão contratual ou legal, autorizar as franqueadoras apelantes a reter valores que haveriam de repassar ao franqueado réu, por conta dos aludidos pagamentos de verbas trabalhistas, o que traduziria antecipada e indevida aplicação do mecanismo legal de compensação de dívidas, tanto porque não se verificava liquidez dos supostos créditos recíprocos, nem correspondência econômica (CC, art. 369).

Curioso verificar, por sinal, que o pleito cautelar em análise não guarda correspondência com nenhum dos pedidos principais, já que, em nenhuma passagem, nem mesmo no capítulo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

referente aos afirmados danos, se aludiu à necessidade do cômputo dos pagamentos das verbas trabalhistas e do reconhecimento da compensação dos eventuais créditos devidos aos franqueados réus.

7. Em suma: acolhe-se o pedido de cobrança da multa contratual, nas condições acima definidas, rejeita-se a pretensão cominatória e deixa-se de apreciar o mérito dos demais pedidos, pela ausência de interesse processual.

Recíproca e equivalente a sucumbência, cada um dos polos da relação processual arcará com as despesas do feito, compensando-se os honorários de advogado.

Nesses termos, meu voto não conhece do agravo retido, afasta a preliminar de cerceamento de defesa e dá parcial provimento à apelação.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2013.0000386822

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9185234-87.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes EXPRESS LAVAGE A SEC LTDA, ANTONIO GUSTAVO NEGREIRO PASSOS e ERNESTO BERTINI RIZZATO, é apelado 5 A SEC DO BRASIL FRANCHISING LTDA.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente) e PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR.

São Paulo, 27 de junho de 2013.

Salles Vieira
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO N° : 19094
APEL. N° : 9185234-87.2009.8.26.0000
COMARCA: SÃO PAULO
APTES. : EXPRESS LAVAGE A SEC LTDA E OUTROS
APDO. : 5 A SEC DO BRASIL FRANCHISING LTDA

“AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – CONTRATO DE PRÉ-FRANQUIA – CONTINUIDADE DA ATIVIDADE APÓS DISTRATO – VEDAÇÃO – MULTA – Contrato de pré-franquia celebrado entre as partes que foi objeto de regular distrato – Franqueada que, após o distrato, não cessou com as atividades, não descaracterizou o ponto comercial, e manteve todas as características, o know-how e os métodos de operação da franqueadora, ora apelada - Óbice à continuação da atividade empresarial exercida pelo franqueado que não se reveste de abusividade, dès que prevista em contrato – Devida a multa contratual estabelecida na cláusula nº 21 do contrato – Hipótese em que não foi demonstrado o descumprimento contratual anterior da apelada, a qual entregou os equipamentos e prestou as contas devidas, relativamente ao fundo de propaganda – Ressarcimento de lucros cessantes e perdas e danos, formulado em reconvenção, indevida, assim como a devolução dos valores pagos a título de royalties e de taxa inicial de franquia – Contrato de franquia anterior, firmado entre as partes em 1998, que também foi objeto de regular distrato, não tendo vinculação com o objeto da presente ação – Reconhecido o direito da apelada em operar outra unidade da franquia no mesmo endereço ou unidade territorial da unidade franqueada – Determinada a devolução dos manuais, do luminoso com as marcas 5 à Sec, e o software desenvolvido para operação da rede de franquia - Sentença suficientemente motivada – Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do TJSP - Decisão mantida – Desnecessidade de declaração de rescisão contratual - Apelo improvido”

Apelo dos réus em face da r. sentença que julgou parcialmente procedente a ação de rescisão contratual, contra eles ajuizada, e, por outro lado, julgou improcedente a reconvenção por eles proposta.

Sustentam os réus que há provas

documentais e testemunhais nos autos, demonstrando que pesam sobre a marca "5 à Sec" sérias acusações de improbidade, ingerência e apropriação indevida de recursos. A função social do contrato não prevaleceu no caso em análise. A sentença não observou as diretrizes da boa-fé e da probidade durante a conclusão do contrato, nos termos dos arts. 421 e 422, ambos do NCCB. Trata-se de contrato de adesão, o qual deve ser analisado em observância ao art. 476, do NCCB. Não foi conferida quitação ao objeto do contrato em favor da apelada, de modo que os inadimplementos contratuais cometidos pela franqueadora não foram resolvidos através das notificações trocadas entre as partes. O descumprimento da franqueadora se enquadra no conceito de "informações falsas contidas na circular de oferta de franquia", conforme preveem os arts. 4º e 7º, da Lei nº 8.922/94. A sentença atribuiu interpretação de lei divergente à conferida por decisão paradigma do próprio C. STJ. A entrega do maquinário para as 02 lojas dos apelantes ocorreu com atraso, além da falta de suporte e de transferência do *know-how*, e malversação de verbas do fundo de propaganda. Referida demora na entrega dos equipamentos causou prejuízos aos apelantes, dês que tiveram de permanecer por um longo período sem exercer atividade alguma, daí decorrendo os lucros cessantes e os danos emergentes. O pré-contrato de franquia que embasa a inicial, não foi o contrato original assinado entre as partes, mas sim àquele assinado em 30.06.1998, conforme doc. nº 03 da contestação. O novo contrato de franquia, hipoteticamente sequencial ao citado pré-contrato, não foi assinado por ser ainda mais abusivo. Descrevem, nas razões recursais, trechos de depoimentos ocorridos em outros autos, onde se apuram supostas ilicitudes cometidas pelo presidente do grupo "5 à Sec" no Brasil. O fundo de propaganda constitui-se de recursos dos franqueados, os quais devem efetuar o recolhimento de 2% sobre seu faturamento bruto. Ocorre que jamais houve, por parte da apelada, a devida prestação de contas acerca da utilização destas verbas. A pretensão à cobrança de multa é excessiva, devendo ser afastadas as cláusulas abusivas. Por outro lado, a indenização pretendida pelos apelantes é devida, com fulcro nos arts. 475 a 477, do NCCB, assim como o ressarcimento dos danos emergentes e lucros cessantes. É devida, também, a devolução da integralidade dos valores pagos durante o curso da relação, a título de *royalties* e taxa inicial de franquia. Requerem o provimento do recurso, com a reforma da r. sentença.

Contrarrazões da autora, às fls. 1.247/1.256, pugnando pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

Trata-se de ação de rescisão contratual c.c. pedido de obrigação de não fazer, ajuizada por 5 à Sec do Brasil Franchising Ltda., em face de Express Lavage a Sec Ltda., Antônio Gustavo Negreiros Passos e Ernesto Bertini Rizzato, por meio do qual se pretende a declaração de rescisão do vínculo jurídico, o pagamento das multas contratuais previstas no pré-contrato de franquia, bem como perdas e danos e lucros cessantes, relativamente ao período em que os réus deveriam se abster de exercer a atividade da empresa autora. Pretende-se, ainda, a liberação para operar outra unidade da 5 à Sec no mesmo território da unidade de propriedade dos réus, a devolução de todos os documentos e materiais promocionais em que figurem a marca 5 à Sec, a desinstalação e entrega do *software* desenvolvido para operação daquela unidade, a devolução de todos os bens que foram concedidos em comodato pela autora, além de manter o sigilo em relação ao conteúdo das instruções e informações de que haja recebido a franqueadora (fls. 02/25).

Sustenta a autora, ora apelada, que após a celebração do pré-contrato de franquia entre as partes, aos 04.05.2001, os réus deixaram de atender aos seus termos, dès que não celebraram o respectivo "Contrato de Franquia", o que viabilizaria a manutenção da unidade. Ante a inércia dos réus, a autora encaminhou-lhes notificação extrajudicial, visando à rescisão do pré-contrato, cuja resposta confirmou o desinteresse dos réus na manutenção do contrato.

Sustenta, ainda, que os réus, não descaracterizaram o ponto comercial, mantendo todas as características da unidade franqueada, utilizando-se de todo o *know-how* e métodos de operação da autora, substituindo apenas por outra marca: "House Lav".

Os réus, por sua vez, contestaram aduzindo que a franqueadora não cumpriu com suas obrigações no que tange ao suporte técnico e operacional necessário, e que o contrato de franquia definitivo não foi assinado em razão das cláusulas abusivas que

continha. E quanto aos equipamentos cedidos em comodato, afirma que os mesmos foram devidamente pagos a autora (fls. 202/257).

Sob os mesmos fundamentos, os réus, ora apelantes, ofertaram reconvenção pleiteando o ressarcimento dos danos emergentes e lucros cessantes, em razão do atraso na entrega dos equipamentos avençados, e a restituição dos valores pagos a título de *royalties* e taxa inicial de franquia (fls. 591/602).

A r. sentença de parcial procedência, dirimiu o litígio com fundamento nos artigos 282, 330, I, 334, II, todos do CPC, 413, 422, 423, 475 e 476, todos do NCCB, bem como no art. 2º, da Lei nº 8.955/94, para condenar os réus ao pagamento da multa estabelecida no pacto, no montante de R\$150.000,00, em razão do período em que continuaram suas atividades; declarar o direito da autora em operar outra unidade da franquia no mesmo endereço ou unidade territorial da unidade franqueada, condenar os réus a devolução dos documentos e materiais promocionais e de propaganda, em que figure a marca 5 à Sec, bem como a desinstalação do *software* desenvolvido para a operação daquela unidade, no prazo de 30 dias. Declarou-se, ainda, o dever de sigilo das informações recebidas em decorrência do contrato celebrado, sob pena de multa (fls. 1.064/1.078).

Por outro lado, foi julgada improcedente a reconvenção ofertada pelos ora apelantes, razão pela qual as partes restaram igualmente sucumbentes, nos termos do art. 21, *caput*, do CPC.

Dispõe o art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal que:

“Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la”.

Ausente razão jurídica para anular ou reformar a r. sentença, ou acrescentar novos argumentos, dê que suficientemente fundamentada e motivada, inclusive na doutrina e na jurisprudência do C. STJ, ratifica-se, na íntegra, os seus fundamentos de fato e de direito, os quais sintetizo para a necessária compreensão do tema, que ora se transcreve:

"(...)Conclui-se, pois, a existência de elementos bem definidos no contrato de franquia, os quais estatuem direitos e impõem obrigações às partes contratantes. Nessa esteira, compete ao franqueador a licença do uso da marca em favor do franqueado, a prestação de assistência técnica, a promessa e as condições de fornecimento dos bens que serão comercializados, pelo próprio franqueador ou por terceiros indicados ou credenciados por este, assim como a forma de sua aquisição pelo franqueado (cf. Glória Cardoso de Almeida Cruz, Franchising, 2a ed., Forense, p. 19/20)

Fixadas as premissas para a compreensão da hipótese sub judice, não se pode olvidar terem as partes celebrado pré-contrato de franquia empresarial (fls. 40/66), tendo prazo de validade, conforme a cláusula sexta da avença, de seis meses, admitindo prorrogação (fls. 52). Houve sua extinção, no entanto, por vontade manifestada por ambas as partes. Como se observa da notificação extrajudicial enviada pela 5 À SÉC DO BRASIL FRANCHISING LTDA. à requerida, foi considerado rescindido o contrato (fls. 146). De seu turno, em contra-notificação, a EXPRESS LAVAGE E SEC LTDA. apontou o desejo de não mais manter o vínculo contratual estabelecido (fls. 154). Operou-se, deste modo, por distrato, a resilição do pacto, em 25 de outubro de 2004 (fls. 156), data da conjugação de vontade dos contratantes.

Urge a consideração, nesse diapasão, que o distrato é forma válida de extinção do contrato de franquia ou franchising, como assente na doutrina (cf, neste sentido, Fran Martin, op. cit., p. 494; e Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro, v. III, 3a ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 668). Uma vez que cada parte contratante efetiva sua declaração

jurídico-negocial nesta direção, não mais subsiste a avença. Cumpre, ainda, observar que a resilição bilateral não traz consequência na órbita obrigacional, para além das existentes no contrato, para qualquer das partes. Assim, porquanto não se trata de resolução por inadimplemento voluntário, nos termos do artigo 475 do Código Civil, descabe o pleito de indenização por perdas e danos.

A extinção do contrato por distrato coloca fim às obrigações contratuais. Nada impede, contudo, que, na fase pós-contratual, reste algum dever a ser cumprido pelo contratante, em consonância com sua anterior manifestação de vontade. Frise-se, neste ponto, que o moderno direito obrigacional, com fulcro notadamente na noção de boa-fé objetiva, consagrada como princípio pelo artigo 422 do Código Civil, reconhece a existência de obrigações que se impõem aos contratantes não só na fase de execução do contrato, mas também antes e depois da avença.

(...)

No caso sub examine, findo o contrato, cabia aos requeridos à observância de seus ditames na fase pós-contratual. Entretanto, como restou incontroverso, não foi o que se verificou.

A essência do contrato de franquia encontra-se na cessão do uso da marca pelo franqueador, bem como na prestação de serviços de organização empresarial ao franqueado. Tendo o direito de utilização de marca conhecida no mercado, bem como organizada sua empresa nos moldes preconizados, e reconhecidamente bem sucedido, pelo franqueador, o franqueado auferir a vantagem de tornar desnecessária a formação de clientela para a atividade econômica exercida. Como corolário do contrato de franquia, tem-se a vedação, com o término do pacto, de continuação do

exercício da mesma atividade econômica pelo franqueado. Ao revés, estar-se-ia apropriando, sem a devida contraprestação, da marca e da organização empresarial do franqueador.

Validamente, por conseguinte, desde que estabelecido no instrumento contratual, o óbice à continuação da atividade empresarial exercida pelo franqueado não se reveste de abusividade. E, de tal arte, seu cumprimento não pode ser afastado, sob pena de propiciar ao franqueado enriquecimento sem causa.

Como se constata do contrato de franquia objeto do presente feito, a cláusula vinte e um estabelece que, na hipótese dos franqueados exercerem atividade em negócio congênere ou concorrente da rede de franquia 5 à Séc, no prazo de um ano contado do fim do vínculo contratual, será devida multa equivalente a cinco vezes a taxa inicial de franquia (fls. 63). O dever, no entanto, não foi cumprido e, assim, a consequência, livremente pactuada entre as partes, não pode ser elidida.

A continuidade do exercício da atividade objeto do contrato de franquia resta incontroversa no processo, porquanto, nos termos do artigo 302, caput, do Código de Processo Civil, não houve sua impugnação específica na resposta à demanda. A alegação, todavia, não bastasse incontroversa e, desta forma, independente de prova, consoante o artigo 334, inciso III, do Código de Processo Civil, encontra ressonância na prova documental carreada aos autos (fls. 175/180).

A consequência prevista no contrato, logo, tratando-se da incidência de multa, é inexorável. Nessa esteira, a arguição defensiva da exceptio non adimpleti contractus não pode ser acatada. A

exceção do contrato não cumprido, com previsão no artigo 476 do Código Civil, impõe que aquele que não satisfaz a própria obrigação não pode exigir o implemento da do outro (Carlos Roberto Gonçalves, op. cit., p. 163/164). Entretanto, sua incidência no caso em tela é vedada.

Como pressuposto da aplicação da exceção do contrato não cumprido, a par de se cuidar de contrato bilateral ou sinalagmático, é mister que as prestações sejam simultâneas, pois, caso contrário, sendo diferente o momento da exigibilidade, não podem as partes invocar tal defesa (Silvio Rodrigues, Direito Civil, v. III, 28a ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 83). O pressuposto, no entanto, não se verificou.

Com a efetivação do distrato, a fase contratual da avença encerra-se. Inicia-se, pois, a fase pós-contratual, contanto existam obrigações pendentes de cumprimento. Uma vez que, cuidando-se de contrato de franquia, não era admitida a continuidade do exercício da atividade outrora exercida pela unidade franqueada, presente, ainda, in casu, deveres contratuais a serem observados. À medida que desrespeitados, a consequência imposta pelo pacto é de irremediável incidência, não sendo lícito à parte opor exceção fundado em obrigação cujo cumprimento remete à fase anterior da avença.

Por conseguinte, não socorrem os requeridos as alegações de atraso na entrega das máquinas e equipamentos necessários à implementação da unidade franqueada, tampouco os problemas porventura experimentados pela autora, que estariam arranhando sua imagem. Em que pese de modo imperfeito, o contrato foi cumprido pelas partes e, com seu

encerramento, via distrato, findou-se sua fase de execução. Evidente, nessa esteira, que obrigação não cumprida a contento no início da avença não pode ensejar a veiculação da exceptio non adimpleti contractus.

Com efeito, os argumentos arrolados pelos réus na resposta à demanda e que esteiam, outrossim, a reconvenção formulada, não tem o condão de elidir a obrigação imposta de, findo o pacto, cessar-se a atividade. Com o término da fase de execução do contrato, os direitos e obrigações que lhe são inerentes não mais subsistem. A multa, em consequência, é devida.

Todavia, é defesa a dupla incidência da multa, tendo em vista a infração contratual cometida pelos demandados, como requerido no pedido inicial. A continuação da atividade antes do fim do prazo de um ano do contrato, em conformidade à cláusula vinte e um, obriga ao pagamento de multa no importa de cinco vezes a maior taxa inicial de franquia. Não se confunde, assim, com a hipótese de quebra de sigilo e concorrência, a qual tem como pressuposto a existência de outro estabelecimento para além da unidade franqueada.

*De todo modo, cuida a hipótese sub judice de contrato de adesão, impondo, segundo o artigo 423 do Código Civil, interpretação mais favorável ao aderente das cláusulas ambíguas. Por outro lado, a despeito da regra hermenêutica supramencionada, exige o artigo 413 do Código Civil a redução equitativa da cláusula penal quando excessiva.
(...)*

Tomando-se em conta, no caso em tela, a natureza e a finalidade do negócio, caso possível a cumulação das cláusulas penais, o montante da sanção excederia os

limites da razoabilidade. Assim sendo, não se enquadra a continuação da atividade na hipótese prevista na cláusula vinte e dois e, se não bastasse, a cláusula penal, porque abusiva, deveria ser reduzida.

Feitas estas considerações, no fecho, há que se concluir que a multa de cinco vezes a taxa inicial de franquia é devida, alcançando, assim, a quantia de R\$150.000,00, como se depreende da cláusula segunda do contrato (fls. 50). Revestindo-se da natureza de cláusula penal compensatória, ante o inadimplemento absoluto da obrigação, fica vedada a cumulação da multa com o ressarcimento de prejuízos outros porventura experimentados pela demandante, visto que sua função é pré-liquidar danos (Orlando Gomes, Obrigações, Rio de Janeiro; Forense, 2000, p. 159).

Com o fim do contrato de franquia, as obrigações estipuladas pela cláusula dezessete do pacto incidem, em sua totalidade, exceto no que toca à restituição dos bens cedidos em comodato, o qual não se presume (cf. Carlos Roberto Gonçalves, op. cit., p. 316). Assim, a devolução deve se limitar aos manuais, ao luminoso com as marcas e o software desenvolvido para operação da rede de franquia (fls. 62). Igualmente, passível de concessão, no território abarcado pela unidade franqueada, de nova franquia, nos moldes da cláusula dezoito.

Os pedidos de ressarcimento dos danos emergentes e lucros originados em virtude do atraso de quatro meses na entrega das máquinas e equipamentos avençados e de restituição dos valores pagos, a título de royalties e de taxa inicial de franquia, formulados em reconvenção, não prosperam, em virtude da extinção do contrato por meio de distrato. Deste

modo, escapam da órbita de incidência do artigo 475 do Código Civil. No que se refere ao co-requerido ERNESTO, figurando como parte contratante, sua responsabilização não pode ser afastada, sob o argumento de tratar-se apenas de gerente, e não de sócio, da empresa EXPRESS LAVAGE E SEC LTDA., notadamente na ausência de qualquer elemento de prova a apontar nessa direção.

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial, para: a) condenar os réus ao pagamento da multa estabelecida no pacto, no montante de R\$150.000,00, em razão do período em que continuaram suas atividades, corrigidos desde a data da extinção do contrato (25 de outubro de 2004), consoante a Tabela Prática de Atualização de Débitos Judiciais do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e com juros moratórios, a contar da citação, de um por cento ao mês, consoante aos artigos 406 e 407 do Código Civil combinado com o artigo 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional; b) a declarar o direito da requerente, expresso na cláusula dezoito do contrato, em operar outra unidade da franquia no mesmo endereço ou unidade territorial da unidade franqueada; c) condenar os requeridos na devolução dos documentos, materiais promocionais e de propaganda em que figure a marca 5 à Séc, bem como a desinstalação e entrega do software desenvolvido para a operação da unidade franqueada, em trinta dias, sob pena de incidência de multa diária no montante de R\$1.000,00; d) declarar o dever de sigilo das informações recebidas em decorrência do contrato celebrado, sob pena de multa de R\$150.000,00. Por outro giro, JULGO IMPROCEDENTE a reconvenção formulada.

A requerente e a requerida foram parcialmente vencidas e, assim, as custas e as despesas processuais devem ser,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

igualmente, arcadas por ambas, em conformidade ao artigo 21, caput, do Código de Processo Civil. Cada parte se incumbirá, do mesmo modo, do pagamento de honorários advocatícios ao seu patrono.(...)"

Esclareça-se que, quanto ao contrato de franquia celebrado originalmente entre as partes, aos 30.06.1998 (fls. 268/276), houve seu regular distrato, conforme demonstram as cópias de fls. 278/281, de modo que não há vinculação com o pré-contrato de franquia, firmado aos 04.05.2001, objeto da presente ação.

Por fim, contrariamente as alegações dos apelantes, verifica-se que houve sim a regular prestação de contas por parte da apelada, quanto ao fundo de propaganda, conforme demonstram as cópias de fls. 77/80.

É a hipótese, pois, de manter-se a bem proferida sentença, por seus próprios fundamentos; da qual é corolário lógico a extinção do contrato, pelo distrato, sendo, por esta razão, desnecessário declaração de rescisão contratual.

Nega-se provimento ao recurso.
Salles Vieira, Relator.

DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL
APELAÇÃO CÍVEL Nº 0132903-60.2001.8.19.0001
RELATORA: DES. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
CLASSIFICAÇÃO REGIMENTAL: 1

“DIREITO CIVIL. Ação de cobrança c/c obrigações de fazer e não fazer, movida por franqueadora do ramo de comida japonesa em face de franqueado e fiador, objetivando a condenação destes a cumprir as obrigações de fazer e não fazer contratualmente previstas, além de efetuar o pagamento do débito relativo à taxa de publicidade e royalties, da multa equivalente à totalidade da taxa inicial de franquia, e de indenização pelo uso indevido do *know how* da autora pelos atos de concorrência desleal entre a data da rescisão e a cessação definitiva da violação, a ser apurada em liquidação de sentença. Apelante que persegue a reforma parcial do julgado no ponto em que este rejeitou o pedido de condenação ao pagamento da multa equivalente à totalidade da taxa inicial de franquia. Errônea indicação da cláusula em que se lastreia a pretensão de condenação dos apelados ao pagamento da multa, no capítulo “dos pedidos”, que constitui mero erro material, não impedindo o exercício do contraditório e da ampla defesa pelos réus, e nem obstaculizando sua apreciação pelo Poder Judiciário. Conjunto probatório dos autos no qual restou inequívoco o descumprimento do contrato de franquia pelos ora apelados, ao manter atividade empresarial no mesmo ramo alimentício (comida oriental) explorado durante o contrato de franquia, logo após sua extinção, além de estarem inadimplentes com o pagamento dos royalties e da taxa de publicidade, a gerar o dever de indenizar. Multa prevista na indigitada cláusula que re-



apresenta verdadeira prefixação do valor mínimo da indenização por perdas e danos, ou seja, caso os prejuízos demonstrados na fase de liquidação sejam inferiores ao valor da multa ali convencionada, prevalecerá esta última, não incluídos os demais consectários legais devidos em virtude do inadimplemento. Artigo 416, parágrafo único, do Código Civil. Precedente do E. STJ. Pedido parcialmente procedente. Sentença reformada, em parte e tão-somente, para determinar a incidência da multa equivalente à totalidade da taxa inicial de franquia, como previsto no contrato de franquia pactuado entre as partes, reconhecido que acaso os prejuízos demonstrados na fase de liquidação sejam inferiores ao valor da multa ali convencionada, prevalecerá esta última, não incluídos os demais consectários legais devidos em virtude do inadimplemento, quais sejam, a correção monetária, os juros moratórios, os honorários advocatícios e as custas processuais. Provimento parcial do recurso”.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 0132903-60.2001.8.19.0001, em que é apelante **KOTOBUKI FRANCHISING E PARTICIPAÇÕES LTDA** e apelados **CARLOS ALBERTO CAMARGO PINTO DE CARVALHO E OUTRO**, acordam os Desembargadores da Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2013.

MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
DESEMBARGADORA RELATORA

DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL
APELAÇÃO CÍVEL Nº 0132903-60.2001.8.19.0001
RELATORA: DES. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
CLASSIFICAÇÃO REGIMENTAL: 1

VOTO.

Versa a hipótese ação de cobrança c/c obrigações de fazer e não fazer, movida por franqueadora do ramo de comida japonesa em face de franqueado e fiador, objetivando a condenação destes a se absterem de operar em nome próprio ou em conjunto com qualquer pessoa negócio similar e concorrente com a franquía em tela, por período de dois anos a contar do término do referido contrato; a modificarem a especialidade do restaurante situado no local objeto da franquía; a alterar a arquitetura interna e externa do restaurante, bem como dos números de telefone e fax; a cessar a utilização do *know how* franqueado e a devolver eventuais programas de computador, manuais, livros, instruções, tarifas, fórmulas, arquivos, materiais de propaganda ou quaisquer outros objetos digam respeito à rede franqueadora, além de efetuar o pagamento do débito relativo à taxa de publicidade e *royalties*; da multa equivalente à totalidade da taxa inicial de franquía; e de indenização pelo uso indevido do *know how* da autora pelos atos de concorrência desleal entre a data da rescisão e a cessação definitiva da violação, a ser apurada em liquidação de sentença (fls. 02/23).

A sentença guerreada julgou extinto o processo com base no artigo 267, VI, do CPC, em relação ao pedido de fls. 22, item “a”, e julgou parcialmente procedente o pedido para condenar os réus ao pagamento de R\$ 71.883,98, corrigidos desde a propositura da demanda e acrescidos de juros de mora desde a citação, bem como ao pagamento de indenização por perdas e danos em decorrência do descumprimento da cláusula 39, a ser apurada em liquidação de sentença, e, diante da sucumbência dos réus na maior parte do pedido, condenados estes ao pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais foram fixados em 10% sobre o valor da condenação (fls. 382/386), perseguindo a apelante a reforma parcial do julgado no ponto em que rejeitou o pedido de condenação ao pagamento da

multa equivalente à totalidade da taxa inicial de franquia (item 70, “c”, da petição inicial).

Fls. 02

Assiste razão à recorrente.

Em que pese a erronia na citação das cláusulas 36 e 38 no lugar da cláusula 37, no item 70, “c”, a fls. 23, observa-se da exordial terem sido deduzidos os fatos e os fundamentos jurídicos da pretensão para a cobrança da multa equivalente à taxa inicial de franquia, a qual foi corretamente indicada e transcrita no bojo da petição inicial a fls. 17, não defluindo daí qualquer óbice à análise de sua incidência.

E tanto assim é, que os réus, ora apelados, apresentaram contestação atacando na peça de bloqueio sua incidência na espécie (fls. 392), opondo-se à tal pretensão, sem qualquer dificuldade, ainda que posteriormente tenha sido reconhecida sua revelia.

Nesse diapasão, tem-se que a errônea indicação das cláusulas 36 e 38 para lastrear a pretensão de condenação dos apelados ao pagamento da multa equivalente à totalidade da taxa inicial de franquia, no capítulo “dos pedidos”, constitui mero erro material, que não impediu o exercício do contraditório e da ampla defesa pelos réus, e nem obstaculiza sua apreciação pelo Poder Judiciário.

Assim, cumpre analisar o referido pedido formulado no item 70, “c”, a fls. 23 da petição inicial.

Como bem assinalou a sentença, restou inequívoco o descumprimento do contrato de franquia pelos ora apelados, ao manter atividade empresarial no mesmo ramo alimentício (comida oriental) explorado durante o contrato de franquia, logo após sua extinção, além de estarem inadimplentes com o pagamento dos royalties e da taxa de publicidade, a gerar o dever de indenizar.

Com efeito, dispõe a cláusula 37 do contrato de franquia a fls. 37/57, *in verbis*:

“37. O presente Contrato poderá ser rescindido, a todo tempo, na hipótese de infração, por qualquer das partes, às cláusulas e condições ora pactuadas,

ficando, desta forma, estipulada a multa do equivalente à totalidade da Taxa Inicial de Franquia para a parte que infringir, no todo ou parcialmente, qual-

Fls. 03

quer das cláusulas do presente Contrato (exceto nas cláusulas onde há previsão específica de multa), reservando-se, a outra parte, o direito de, simultaneamente, dispensado o aviso-prévio, considerá-lo resolvido de pleno direito e de haver, por ação própria, as perdas e danos que efetivamente sofrer, em decorrência do inadimplemento do infrator, naquilo em que excedam a multa ora estipulada.

PARÁGRAFO ÚNICO

Em caso de comprovado insucesso do negócio, fica liberado o FRANQUEADO para encerrar suas atividades sem pagar qualquer multa, mesmo que prevista neste instrumento, devendo, todavia, comunicar por escrito sua intenção ao FRANQUEADOR, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias."

De seu turno, estabelece o artigo 39 que:

"39. Após a expiração da franquía, e durante o prazo ininterrupto de 2 (dois) anos, será exigido do FRANQUEADO não operar, ainda que em seu próprio nome ou em conjunção com qualquer pessoa física ou jurídica em negócio similar e concorrente ao da presente franquía, utilizando know-how ou segredo de indústria a que venha ter acesso em função da franquía.

PARÁGRAFO TERCEIRO

Em caso de não cumprimento por parte do FRANQUEADO de suas obrigações e o mesmo incorrer que falta grave, deverá arcar com perdas e danos e com as custas processuais devidas. Aplicar-se-á as mesmas penas inclusive quanto às suas infrações, mesmo após o encerramento do contrato."

Dessa forma, tem-se que, constatada a existência das referidas infrações contratuais, mesmo após o encerramento do contrato, devem os apelados arcar com a multa prevista na referida cláusula 37, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), correspondente ao valor da aludida Taxa Inicial de Franquia, a teor do disposto na cláusula 21:

"21. Pela licença (FRANQUIA) que ora lhe é concedida; pelo fornecimento dos projetos e da tecnologia que ora lhe é repassada, através da entrega dos planos e manuais e pelos benefícios que lhe são proporcionados, o FRANQUEADO pagará ao FRANQUEADOR, no momento da assinatura deste

instrumento, a taxa fixa de filiação de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) denominada Taxa Inicial de Franquia."

Fls. 04

De outro giro, não há como olvidar que a referida multa prevista na cláusula 37 representa verdadeira prefixação do valor mínimo das perdas e danos.

Ora, é cediço que a multa compensatória não pode ser cumulada com perdas e danos, pois se configuraria *bis in idem*, eis que ambas as figuras possuem a mesma finalidade, qual seja, ressarcir uma das partes contratantes por conta de irregularidade cometida durante a execução do contrato, facultando a lei apenas a concessão de indenização suplementar, cujo ônus da prova incumbe ao credor.

Tanto assim, que a própria cláusula 37, em consonância com o parágrafo único, do artigo 416, do Código Civil, estabelece em sua parte final que:

"... e de haver, por ação própria, as perdas e danos que efetivamente sofrer, em decorrência do inadimplemento do infrator, naquilo em que excedam a multa ora estipulada".

Desse modo, a multa prevista na referida cláusula 37 e as perdas e danos a serem apuradas em liquidação de sentença não são cumuláveis, como persegue a recorrente, devendo a pena estipulada corresponder ao valor mínimo da indenização, ou seja, caso os prejuízos demonstrados na fase de liquidação sejam inferiores ao valor da multa ali convencionada, prevalecerá esta última, não incluídos os demais consectários legais devidos em virtude do inadimplemento, quais sejam, a correção monetária, os juros moratórios, os honorários advocatícios e as custas processuais, conforme já decidiu a E. Corte Superior no julgamento do REsp 1.127.721/RS (Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 18.12.2009).

Colhe-se do referido julgado:

"Essa é a interpretação a que se chega por meio da análise sistemática dos artigos 389, 402 e 404 do Código Civil de 2002, pois a indenização decorrente do

inadimplemento de obrigações de pagamento em dinheiro é devida sem o prejuízo da pena convencional,
Fls. 05

principalmente porque a multa contratual deve ser paga com ou sem a atuação de advogado ou o ajuizamento de uma nova ação. Nesse sentido, dispõe o artigo 416 do CC/02 que, para a exigência da pena convencional, não é nem mesmo necessário que o credor alegue prejuízo."

A sentença merece, portanto, ser reformada, em parte e tão-somente, para determinar a incidência da multa equivalente à totalidade da taxa inicial de franquia, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), como previsto nas cláusulas 37 e 21 do contrato de franquia pactuado entre as partes, reconhecido que acaso os prejuízos demonstrados na fase de liquidação sejam inferiores ao valor da multa ali convencionada, prevalecerá esta última, não incluídos os demais consectários legais devidos em virtude do inadimplemento, quais sejam, a correção monetária, os juros moratórios, os honorários advocatícios e as custas processuais.

EM FACE DO EXPOSTO, o meu voto é no sentido de dar parcial provimento ao recurso, na forma acima assinalada.

Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2013.

MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
DESEMBARGADORA RELATORA

Acr/0808



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

14

ACÓRDÃO



03889752

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0114343-69.2006.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CLEAN EXPRESS LAVAGEM LTDA E OUTROS, é apelado 5 À SEC DO BRASIL FRANCHISING LTDA.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V. U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL PETRONI NETO (Presidente) e LUÍS FERNANDO LODI.

São Paulo, 17 de setembro de 2013.

SIMÕES DE VERGUEIRO
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

14

VOTO Nº: 19547

APEL.Nº: 0114343-69.2006

COMARCA: SÃO PAULO

APTES. : CLEAN EXPRESS LAVAGEM LTDA, E OUTROS

APDA. : 5 À SEC DO BRASIL FRANCHISING LTDA

JUIZ : JOSÉ APARECIDO RABELO

RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA R.SENTENÇA PELA QUAL FOI JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO, C/C. COBRANÇA DE MULTA E, IMPROCEDENTE RECONVENÇÃO – ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO – CONTRATO DE FRANQUIA – DESCUMPRIMENTO DA CHAMADA CLÁUSULA DE “NÃO CONCORRÊNCIA” – MULTA CONTRATUAL QUE SE MOSTRA EFETIVAMENTE DEVIDA À EMPRESA FRANQUEADORA – INTEMPESTIVO FORNECIMENTO DE MAQUINÁRIOS DESTINADO À EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL, E INSUFICIENTE DIVULGAÇÃO DA VERDADEIRA MARGEM DE LUCRO AUFERIDA PELA EMPRESA FRANQUEADA – INÍCIO DO RELACIONAMENTO CONTRATUAL OCORRIDO NOS REMOTOS IDOS DE 1999 – IRREGULARIDADES QUE RESULTARAM CONVALIDADAS POR CONTA DO DECURSO DO TEMPO - ACERTO DA R.SENTENÇA - NECESSÁRIA APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 252, DO REGIMENTO INTERNO DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - REAPRECIAÇÃO MINUCIOSA DA R.SENTENÇA QUE IMPLICARÁ EM DESNECESSÁRIA REPETIÇÃO DOS ADEQUADOS FUNDAMENTOS DO PENSAMENTO MONOCRÁTICO – SIMPLES RATIFICAÇÃO DOS TERMOS DA R DECISÃO DE 1º GRAU, QUE SE MOSTRA SUFICIENTEMENTE MOTIVADA - RECURSO NÃO PROVIDO.

Tratam os autos de Recurso de Apelação interposto contra R.Sentença encartada a fls.1.859/1.862, pela qual foi julgada parcialmente procedente Ação de Rescisão de Contrato, c/c. Cobrança de Multa, proposta por 5 À SEC DO BRASIL FRANCHISING LTDA., contra CLEAN EXPRESS LAVAGEM LTDA, ANTÔNIO GUSTAVO NEGREIROS,

APEL. 0114343-69.2006 - SÃO PAULO - voto 19547 - Maria
Teresa/Armando/Andrea/Renata/Marco/Luiz 1



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E ITAMAR DE OLIVEIRA DAMASCENO FILHO, e improcedente Reconvenção tirada nos mesmos autos, com imposição aos réus reconvintes de condenação ao pagamento da quantia de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), devida a título de multa contratual, devidamente acrescida de correção monetária, contada a partir do término do contrato, bem como de juros de mora, exigidos desde a citação, devendo ainda promoverem a devolução dos equipamentos fornecidos pela autora, conforme mencionados nos itens "d", "e", e "f" da peça inaugural, respondendo ainda pelas custas, despesas processuais, e honorários Advocatícios, estes fixados em quantia correspondente a 15% do valor da condenação.

Alegam os recorrentes em razões de fls.1.881/1.923, a necessária reforma dos termos da R.Sentença atacada, reiterando, em síntese, aos argumentos lançados tanto na peça defensiva, quanto no preito reconvenicional, conforme encartados respectivamente a fls.164/220 e, 152/162, pelas quais buscaram o reconhecimento das inúmeras infrações contratuais ditas praticadas pela recorrida, notadamente no que dizem respeito ao intempestivo fornecimento do maquinário destinado à execução dos serviços de lavagem à seco, cuja exploração decorreu das técnicas empresariais desenvolvidas pela recorrida, e que foram transmitidas aos inconformados, por força de "Contrato de Franquia", bem como responsabilização pelo insucesso decorrente da parceria empresarial desenvolvida entre as contendoras, o que se deu, inclusive, por conta da conduta desleal imputada à autora reconvinda, posto que não informados, de forma clara e precisa, os exatos percentuais de remuneração devidos aos seus franqueados, circunstâncias estas que, segundo sustentam, resultaram amplamente demonstrados nos feitos, por conta do farto conjunto probatório encartado ao todo processado, daí porque pediram pelo acolhimento de seus reclamos, a fim de que fosse reformada a R.Decisão hostilizada.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Recebido o recurso (fls.1.927), vieram aos autos contrarrazões (fls.1930/1932), momento em que a recorrida pugnou pela integral manutenção da R.Sentença atacada, subindo então o feito a esta E.Corte, de sorte a se promover a reapreciação da matéria já decidida em 1º Grau.

É o relatório.

O recurso como intentado pelos recorrentes não deve ser merecedor de acolhimento por parte da Turma Julgadora, posto que os limites definidos quando da prolação da R. Sentença hostilizada, se mostraram plenamente adequados à realidade estampada nos autos.

Importante salientar que o novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, este em vigor desde 04 de novembro de 2009, dispõe, em seu artigo 252 que, **"nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la"**. Partindo da definição contida no Regimento Interno desta E.Corte, de rigor salientar o entendimento emanado do E. Superior Tribunal de Justiça, conforme exteriorizado no julgamento do Recurso Especial nº 662.272 - RS, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, que assim se posicionou:

"PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO PROFERIDO EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RATIFICAÇÃO DA SENTENÇA. VIABILIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. ART. 535,1, DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO.

1. Revela-se improcedente suposta ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, ainda que não aprecie todos os argumentos expendidos pela parte recorrente, atem-se os contornos da lide e fundamenta sua decisão em base jurídica adequada e suficiente ao desate da questão controvertida.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2. É predominante na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum. 3. Recurso Especial não-provido.” (j. 04/09/2007, Segunda Turma).

No mesmo sentido, é de se ressaltar a existência de outros entendimentos, todos convergentes e, que seguem a mesma linha de posicionamento, bastando, portanto, para complementação do raciocínio indicar, sem transcrever, contudo, os REsp n. 641.963-ES, Segunda Turma, relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ de 21.11.2005, REsp n. 592.092-AL, Segunda Turma, relatora Ministra ELIANA CALMON, DJ de 17.12.2004 e REsp n. 265.534-DF, Quarta Turma, relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJ de 1.12.2003.

No que toca ao recurso em si considerado e, observados os limites em que intentado, agora melhor examinando o conjunto encartado aos autos, verifica-se que a R. Sentença combatida analisou corretamente as questões suscitadas, inclusive no que tange a fixação dos ônus da sucumbência, haja visto que observou, nesse tocante, o disposto no art. 20, do C.P.C.

Diante disso, de rigor a rejeição do preito recursal, tendo em vista o que vem reiteradamente decidindo esta E. Corte em relação à matéria como posta nos autos, conforme se verifica através das transcrições de aspectos abordados pelo entendimento de 1º Grau, nesse momento reforçado por força do entendimento da Turma julgadora e, que passam a fazer parte integrante do Acórdão:

“Consta nos autos do presente processo que as partes celebraram contrato de franquia no ano de 1999, com duração de cinco anos, sendo que o termo final seria em 20 de dezembro de 2004; antes disso, em novembro de 2004, os Réus Reconvintes



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

comunicaram à Autora Reconvinda o desinteresse na continuidade do contrato e permaneceram em atividade no mesmo endereço sob bandeira de concorrente da Autora, o que ensejou o pedido de aplicação da multa contratual que se prestava a inibir concorrência; a par disso, o pedido de reconhecimento da rescisão contratual, devolução de bens dados em comodato, inclusive 'software'.

Questionando a pretensão argumentaram os réus Reconvintes que a franqueadora cometeu inúmeras infrações contratuais tais como falta de entrega do projeto arquitetônico, retardamento na entrega de maquinário, falta de suporte técnico, falta de prestação anual de contas do fundo de publicidade, informações falsas na Circular de Oferta de Franquia, tudo ensejando a anulação do contrato, devolução dos 'royalties' pagos durante a vença e afastamento da exigência da multa prevista na cláusula 15º do contrato celebrado.

O v. acórdão de fls.1.780/1.784 reconheceu a carência da ação com relação aos pedidos de ressarcimento por danos emergentes e lucros cessantes constantes nos itens 1, 2 e 3 de fls.160 e parte integrante da Reconvênção.

Caso análogo foi objeto de análise pelo v.acórdão de fls. 1557/1577 que confirmou, parcialmente, sentença que reconheceu que os franqueadores se tornaram merecedores da multa contratualmente prevista em razão de terem continuado atividade no mesmo ramo vinculada à empresa concorrente da franqueadora. Tal situação restou inconteste nestes autos eis que alegou-se, sem qualquer impugnação, de que os réus Reconvintes permaneceram no mesmo endereço, no mesmo ramo comercial, sob distinta bandeira, até o mês de maio de 2006.

Não se pode deixar de observar que o vínculo de direito material estabelecido entre as partes iniciou-se no ano de 1999 e prolongou-se até o mês previsto para o encerramento da avença; assim, se irregularidades tivesse sido praticadas pela franqueadora seria ilógico que os Réus Reconvintes utilizassem dos mecanismos legais pertinentes para defesa de seus interesses jurídicos e, pelo que se constata nos debates da causa, providência alguma nesse sentido foi concretizada e, dessa forma, não há supedâneo jurídico para que tais alegações se prestem a afastar a infração contratual cometida por eles após o encerramento do contrato; de mais a mais, a forma prevista no ordenamento jurídico para controle da regularidade dos contratos não prevê que se um dos contratantes se conduzir irregularmente isso possibilita ao outro agir da mesma forma pois aí se instauraria o império da desordem jurídica; para cada irregularidade um mecanismo jurídico para ajustar a relação jurídica.

Como já salientado, os Réus Reconvintes quedaram-se inertes durante o contrato, obtiveram de forma lícita os ganhos



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provenientes de sua atividade comercial e isso afasta a possibilidade de devolução dos valores pagos à franqueadora, eis que se a continuidade do contrato não lhes interessava deveriam procurar o acertamento da relação jurídica; o acolhimento da pretensão acarretaria a aceitação do enriquecimento sem causa.

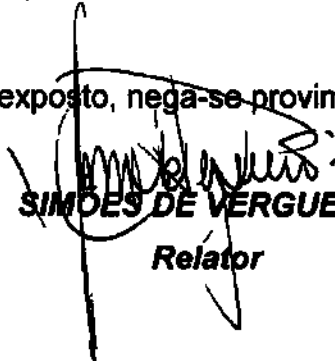
De outra sorte as informações trazidas aos autos não possibilitam o reconhecimento de conduta da franqueadora sobre divulgação de informações falsas eis que o sucesso mais ou menos acentuado do empreendimento comercial depende também da capacidade gerencial dos franqueadores.

A cláusula que disciplina a não concorrência pelo prazo de vinte de quatro meses mostra-se lícita pois foi estabelecida antes do início da avença e decorrente da aquisição, por parte dos franqueadores, de segredos e técnicas comerciais inerentes ao sucesso da empresa franqueadora.

Com suporte do exposto julgo improcedentes os pedidos reconventionais; outrossim, julga parcialmente procedentes os pedidos deduzidos pela Autora Reconvinda e o faço para condenar os Réus Reconvintes no pagamento da multa de R\$50.000,00, atualizada monetariamente a partir da data prevista para o término do contrato mais juros moratórios contados da citação; condeno os Réus, ainda, na devolução dos materiais mencionados nos itens 'd', 'e' e 'f', cuja entrega deverá ser comprovada em eventual execução de sentença; os itens 'a', 'c', 'g' e 'h' são obrigações já assumidas contratualmente e inexistente interesse processual os provimentos declaratórios e condenatórios respectivos".

Em assim sendo, não merecem vingar os reclamos exteriorizados pelos recorrentes em suas razões recursais, uma vez que a R. Decisão guerreada, nos limites em que proferida, deu plena e correta solução à lide, razão pela qual deva ser mantida inalterada, com base em seus próprios, legítimos e, acertados fundamentos.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.


SIMÕES DE VERGUEIRO

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Registro: 2014.0000002833

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0135844-72.2007.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados FRAN S CAFÉ FRANCHISING LTDA e MAURÍCIO FREIRE DE SOUZA.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao apelo da autora e negaram provimento ao recurso do réu, VU", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDES LOBO (Presidente), ROBERTO MAC CRACKEN E SÉRGIO RUI.

São Paulo, 28 de novembro de 2013.

FERNANDES LOBO
PRESIDENTE E RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

APELAÇÃO nº 0135844-72.2007.8.26.0002

COMARCA: SÃO PAULO

APTES/APDOS: FRAN S CAFÉ FRANCHISING LTDA E MAURÍCIO FREIRE DE SOUZA

VOTO N.º 13434

FRANQUIA – CONTRATO – Ocorrência de claro descumprimento, pelo réu, da cláusula de não-concorrência, durante o período previsto após a rescisão do ajuste – Hipótese em que caberia à autora o direito de rescindir o contrato de franquia por justa causa, fazendo jus às verbas rescisórias – Perdimento dessas verbas diante da rescisão que restou consumada consensualmente – Subsistência, apenas, da multa decorrente da concorrência desleal, validamente pactuada, mesmo diante da Lex Major – Pagamento desse valor indemonstrado pelo réu (CC, art. 940, c.c. CPC, art. 333, I) – Dano moral, passível de indenização, não caracterizado, na espécie – Sucumbência, que nessa conjuntura, deve ser proporcional, fixando-se-a em 2/3 à autora (CPC, art. 21), minorada a advocatícia, nos termos do acórdão – Recurso da acionante, a tanto, provido em parte, improvido o do réu.

VISTOS.

Cuida-se de apelações contra a sentença (fls. 516/520), da lavra da MM.^a Juíza de Direito LUCILA TOLEDO PEDROSO DE BARROS, que julgou procedente em parte o pedido, para condenar o réu ao pagamento de indenização no distrato, no valor de R\$ 60.000,00, corrigidos do ajuizamento da ação, com juros de 12% ao ano desde a citação, carreadas à autora as custas e advocatícia fixada em R\$ 20.000,00, por ser mais expressiva sua sucumbência, rejeitados os embargos de declaração opostos por ambas as partes (fl. 533).

Sustenta a autora que o réu, após e durante a vigência da relação de franquia que entabularam, e acabaram por distratar (sem intenção de novar, à diferença do entendimento singular), violou a obrigação de não-concorrência ajustada entre as partes (cláusulas 3^a, XI; 11^a; 13^a, XIV; 19^a, XVI, 21^a, 23^a), e os princípios de probidade e boa-fé, ao implantar, com seu irmão e mediante uso de todo o *know how* e *expertise* que adquirira na constância daquele ajuste, a rede de cafeteria Vanilla Caffe. Vencidas as tentativas de solução amigável, ajuizou a presente demanda, em que insiste, em senda recursal, sejam-lhe devidas, além da multa do distrato (dada pela sentença), também a multa do contrato de

franquia – que assevera possuírem distintos fatos geradores e momentos de aplicação (o descumprimento de cláusula da franquia e a infração após a formulação do distrato) – e a indenização pelo dano moral que diz ter experimentado (batendo-se pela possibilidade de se a cumular com as multas pela não-concorrência, estas reparatória dos danos materiais – em especial pelo desvio de clientela –, e com as quais o dano moral – imagem da autora – não se confundiria, portanto), assentando-se a sucumbência conforme o art. 21 do CPC, ou pelo menos na proporção de 2/3 à autora, com observância da súmula 306 do STJ (fls. 538/557). Preparo às fls. 559/561. Resposta às fls. 621/636.

O réu, rumo à total improcedência da ação, esposando as teses constantes de fls. 565/588, alinhadas às seguintes postulações de remate de seu arrazoado: declaração de nulidade da cláusula de não-concorrência (invocação da CF, arts. 170, IV; 173, §4º; CC, art. 421; índole adesiva do ajuste de franquia); afastamento da conclusão de que houve concorrência ilícita (dita inexistente, ante a prova dos autos), ou impedimento de que se lhe exija observância de eventuais obrigações contratuais por força da exceção do contrato não cumprido (CC, art. 476); sua liberação de qualquer outro sancionamento, inclusive quanto ao distrato, considerado o pagamento de R\$ 50.000,00 que realizou (e que a apelada não logrou provar que seria destinado a outra operação supostamente existente entre as partes), ou abatimento deste valor de eventual condenação que se lhe imponha, de forma que esta não ultrapasse R\$ 10.000,00, pena de ilícito enriquecimento; condenação da autora a lhe pagar o dobro do que indevidamente esta lhe cobra em juízo (CC, art. 940), afora custas, despesas processuais e advocatícia fixados com base no percentual de sucumbência da acionante (fls. 565/589). Preparo às fls. 590/591. Resposta às fls. 596/618.

É o essencial.

A Lei nº 8.955, de 15.12.94, em seu art. 2º, conceitua a franquia como o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também o direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio, ou sistema operacional, desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

As partes, em 05 de abril de 2004, firmaram contrato de franquia (fls. 58/89), pelo prazo de 4 (quatro) anos (fl. 64), com o propósito de a franqueadora conceder ao franqueado o direito de comercialização do “mix” de produtos determinado pela FRAN’S CAFÉ, cujas atividades comerciais seriam realizadas em ambiente com arquitetura, fachada, móveis, identidade visual interna e externa, estilo e características padronizadas pela FRAN’S CAFÉ, inclusive no que concerne à arrumação das mercadorias, alocação de “displays” e outros elementos determinados pela FRAN’S CAFÉ, sob a égide das MARCAS, do “know-how”, sistema e método de operação criado e padronizado pela FRAN’S CAFÉ (fl.

60).

Fora estabelecida pelas contratantes cláusula de não-concorrência, inclusive pelo período de 03 (três) anos após o término de vigência do contrato (cláusula 11 e inciso XIV), com reiteração na cláusula 19, inciso XVI), com previsão de multa equivalente a 05 (cinco) vezes o valor da taxa inicial de franquia em virtude da violação de obrigações contratuais por parte da franqueada.

Em data de 29 de setembro de 2006, consensualmente, operou-se a rescisão do contrato de franquia até então mantido entre as partes (fls. 97/104), com reiteração das cláusulas de confidencialidade e de não-concorrência pelo prazo de 03 (três) anos, para a operação de qualquer negócio congênere ou concorrente com o negócio explorado pela franqueadora (fls. 100/101), estabelecida cláusula penal equivalente a R\$ 60.000,00 pelo eventual descumprimento das obrigações enumeradas na cláusula quinta do distrato (fls. 101/102).

De fato, houve claro farpeamento à cláusula de não-concorrência por parte do réu, no período defeso, em 30 de novembro de 2005 (fl. 116), com a instalação na livraria franqueada pela NOBEL, da cafeteria sob a denominação de VANILLA CAFÉ, sob a administração do réu (fl. 111), congênere da autora, aliada ao exame das fotografias encartadas aos autos, que, como salientado pela Magistrada (fl. 519), mostram a similaridade entre as lojas na exploração do mesmo ramo de comércio (fls. 366 e ss).

Inafastável que, por tal violação, assistiria à autora o direito de rescindir o contrato de franquia por justa causa, fazendo jus ao recebimento das verbas pertinentes à rescisão (cláusulas 11, nº XIV e 19, nº XVI) devidas à parte inocente, ou seja o valor equivalente a 5 (cinco) vezes o valor da taxa inicial, devidamente corrigido e acrescido dos consectários legais.

No entanto, a partir da consensual rescisão do contrato o único valor exigível é aquele definido na cláusula penal, no valor de R\$ 60.000,00, não se mostrando viável a cumulação pretendida pela autora.

Com efeito, a cláusula penal é aquela pela qual uma pessoa, para assegurar a execução de uma convenção, se compromete a dar alguma coisa, em caso de inexecução. Através dela o devedor se vincula a se submeter a uma pena, anteriormente estipulada, se der causa ao descumprimento do contrato (*Henri, Leon et Jean Mazeaud*, citados pelo Prof. Sílvio Rodrigues ("Direito Civil", ed. Saraiva, 17ª edição, vol. 2, p. 86).

Quanto ao alegado dano moral que teria experimentado da autora em razão do comportamento do réu:

Não se vislumbra, em que pese o permissivo da súmula nº 227 do STJ, dano moral indenizável, os percalços noticiados pela autora na exordial (tais como problemas com a sua imagem) não trouxeram nenhuma mácula à empresa, mas meros

dissabores enfrentados diariamente em sociedade.

Tal como cristalizado pelo Superior Tribunal de Justiça em inúmeros julgados, o mero dissabor não caracteriza detrimento de caráter extrapatrimonial passível de indenização pecuniária – sob pena de banalização do instituto, ótica que deve ser combatida. A visão das Cortes Superiores sobre a matéria é a única que se coaduna com a nossa ordem constitucional (ainda que divirja de idéias de inspiração hollywoodiana), vez que não pode o Judiciário prestar convivência com o ganho fácil – a ponto, até, de pessoas almejarem-se vítimas de incidente negativo, a que isso lhes chancele um ganho equiparável a loteria.

O contexto narrado nos autos são circunstâncias que se inserem no âmbito de meros aborrecimentos, problemas que são enfrentados pelo homem comum, na labuta diária, não atingindo idoneidade de dano moral indenizável à autora.

Em um ponto está a merecer abrigo a irresignação da autora, no que concerne aos efeitos da sucumbência.

Com efeito, na exordial a autora formula três pedidos: condenação da multa prevista no contrato de franquia, no valor de R\$ 207.500,00; condenação no pagamento da multa prevista no distrato da avença, no valor de R\$ 60.000,00, e danos morais a serem arbitrados.

Dentre esses, foi vencida em dois dos pedidos, tendo sido a demanda julgada parcialmente procedente em relação ao pedido de condenação no pagamento da multa prevista no distrato da franquia, no valor de R\$ 60.000,00, não havendo dúvidas de que a credora da indenização, embora tenha exagerado no pedido, se tivesse de responder pela verba honorária fixada em R\$ 20.000,00, se veria jungida à circunstância que estaria a lhe impingir grave dano patrimonial.

Dessarte, vencida em 2/3 da pretensão reparatória deduzida, em razão da sucumbência parcial (art. 21 do CPC), deverá a autora suportar o pagamento das custas, despesas processuais na mesma proporção, e verba honorária fixada em R\$ 4.000,00, atendidas as disposições das alíneas “a”, “b” e “c”, do art. 20, § 3º, do CPC, ou seja, o zelo profissional dos patronos do réu e o trabalho por eles desenvolvido em seu mister (art. 20, § 4º do CPC).

Quanto ao apelo do réu, sua irresignação deve ficar ao desabrigo:

Não procede a alegação de que a cláusula de não-concorrência infringiria o texto constitucional pertinente à livre concorrência.

Sendo o sistema de franquia o componente final de um negócio formatado e desenvolvido pelo franqueador, qualquer franqueado, ao término da relação contratual, é detentor de enorme gama de informações e conhecimentos técnicos que lhe são transferidos em caráter confidencial pelo franqueador, havendo necessidade do

franqueador proteger o seu negócio ao término da relação contratual, encontrando o estabelecimento dessa salvaguarda de não-concorrência o mais absoluto embasamento no inciso XIV (alíneas “a” e “b”), do art. 3º, da Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, com o que se afasta qualquer afirmação de violação às disposições do art. 170 e seu inciso IV e 173, § 4º pertinentes à livre iniciativa e à livre concorrência e o art. 421, do Código Civil.

O legislador teve por objetivo resguardar o direito do franqueador no tocante aos segredos do seu negócio e contra a concorrência desleal, não havendo dúvidas de que o franqueado, signatário do contrato, através da clareza da cláusula pertinente, teve prévio conhecimento das restrições, obrigações e responsabilidades que teria para com a franqueadora, após o término da relação contratual, pelo período de 3 (três) anos, não restando dúvidas de que possa a autora vir a sofrer risco de ver os segredos e métodos de seu negócio usurpados.

Pelos elementos de convencimento amealhados, permite-se concluir que o réu não produziu prova segura, idônea, a demonstrar que nada devia. Limitou-se a apresentar o contrato noticiado às fls. 266/274, não firmado pela autora, sendo unilaterais os docs. de fls. 276 e ss. os comprovantes de depósitos sem qualquer indicação de que se destinariam ao pagamento da multa avençada, mesmo porque inferior ao valor fixado contratualmente, de R\$ 60.000,00.

A prova do pagamento é a quitação, que consiste num documento em que o credor ou seu representante, reconhecendo ter recebido o pagamento de seu crédito, exonera o devedor da obrigação (CC/1916, arts. 939, 949, 1.093, 941, 141; CPC, arts. 401 a 403, 942, 946) – Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2º vol., pp. 191 a 192.

Dispõe o art. 319, do Código Civil: “O devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada”.

Por efeito liberatório da dívida, o sempre lembrado J. M. de Carvalho Santos (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, ed. Freitas Bastos, 13ª edição, vol. XII, p. 113) preleciona:

“Quitação regular, acrescenta o Código, como que mostrando a necessidade do recibo, ou quitação apresentar-se revestido das formalidades legais. A remissão que se faz aqui, no texto supra, ao art. 940, esclarece bem o pensamento do legislador, que não foi outro senão explicar que quitação regular deve ser havida aquela que contém as declarações exigidas no art. 940 para uma quitação formal e válida”.

Como ensina Washington de Barros Monteiro: “No caso de pagamento, a forma é a quitação; a ela tem direito o devedor, que pode retardar a solução, até que a forneça o credor”. E acrescenta “Quem paga deve munir-se da necessária quitação passada pelo credor. Se o fizer em confiança, não poderá mais tarde invocar essa



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

circunstância” (cf. “Curso de Direito Civil”, 4º Volume, 1ª Parte, 4ª Edição, Saraiva, p. 280).

O ônus de provar a quitação respectiva caberia ao devedor, que a alega, ônus do qual o réu não se desincumbiu, presentemente. E, sem prova segura das alegações do requerido, não há como julgar improcedente a pretensão da autora e devolver-lhe em dobro o valor pleiteado por ela (art. 940 do CC).

Pelo meu voto, nego provimento ao recurso do réu e dou parcial provimento ao apelo da autora, tão somente para fixar os ônus sucumbenciais decorrentes de sua derrota parcial.

FERNANDES LOBO

RELATOR



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2013.0000760907

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0019134-28.2008.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que são apelantes CONQUISTA MINUANO S C LTDA (E OUTROS(AS)), LUIZ FELIPE GARAVELLO MENKEN e THAIS MANZIONE PASSOS, é apelado 5 A SEC DO BRASIL FRANCHISING LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, não conheceram o agravo retido, e por maioria de votos, deram parcial provimento à apelação, vencida a revisora que o provia em maior extensão. Declaração no corpo do voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente sem voto), LÍGIA ARAÚJO BISOGNI E TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 9 de dezembro de 2013

RICARDO NEGRÃO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO Nº : 24.652
APEL. Nº : 0019134-28.2008.8.26.0068
COMARCA : BARUERI
APTE. : CONQUISTA MINUANO S/C LTDA. E OUTROS
APDO. : 5 À SEC DO BRASIL FRANCHISING LTDA.

RECURSO – Agravo retido – Reiteração inócurrenre –
Agravo retido não conhecido

ILEGITIMIDADE “AD CAUSAM” – Pessoas físicas –
Contrato de franquia – Assinatura na qualidade de
representantes legais da pessoa jurídica contraente, e ainda
como franqueados e fiadores – Imprescindibilidade da
participação dos fiadores no processo de conhecimento
para que o título executivo judicial seja oponível a eles –
Hipótese, ademais, em que período de interdição aplica-se
à pessoa jurídica franqueada e aos seus sócios –
Participação das pessoas naturais demandadas na formação
do contrato – Legitimidade passiva reconhecida –
Preliminar rejeitada – Apelação improvida nesse tocante

FRANQUIA – Período de interdição – Dois anos –
Legitimidade – Inexistência de ofensa ao direito de livre
exercício da profissão ou da livre iniciativa – Cláusula que
protege franqueadora da concorrência desleal, eis que
investiu na obtenção do know how, disponibilizados aos
franqueados – Legitimidade do período de desvinculação
do empreendedor da atividade empresarial afeta ao contrato
de franquia – Irrelevância da inexistência de outro
franqueado na mesma cidade na data do término do
contrato - Possibilidade de a franqueadora vir a
desenvolver suas atividades em outro estabelecimento
empresarial, como de fato veio a ocorrer – Confissão da ré
de que não obedeceu ao período de interdição –
Procedência dos pedidos de rescisão contratual e de
cobrança de cláusula penal – Apelação improvida nesse
tocante

CLÁUSULA PENAL – Contrato de franquia – Renovação
inócurrenre - Período de interdição não observado pelos
réus – Estabelecimento empresarial, ademais, não
descaracterizado completamente – Perícia judicial nesse
sentido – Constatação, ademais, que depois da propositura
da ação os réus continuaram anunciando seu número de
telefone e endereço utilizando a marca da autora em lista
telefônica – Aplicação de pleno direito da multa contratual
– Cumprimento de diversas obrigações pós-contratuais -
Circunstância que, por si, não autoriza a redução
proporcional da cláusula penal – Aplicação, porém, do art.
412 do CC – Limitação da multa contratual ao valor da taxa
de franquia, indicado na exordial como sendo de R\$



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

45.000,00 – Ação de cobrança procedente – Apelação parcialmente provida para esse fim - Voto divergente da Revisora neste tocante.

Dispositivo: não conhecem o agravo retido em votação unânime e, por maioria de votos, dão parcial provimento à apelação. Vencida a Revisora, que daria provimento em maior extensão.

Recurso de apelação interposto por Conquista Minuano S/C Ltda., Sr. Luiz Felipe Garavello Menken e Sra. Thaís Manzione Passos dirigido à r. sentença proferida pela Dra. Cynthia Menezes de Paula Straforini, MM^a. Juíza de Direito da E. 2^a Vara Cível da Comarca de Barueri que julgou procedente o pedido formulado por 5 à Sec do Brasil Franchising Ltda. para declarar rescindido o contrato de franquia e condenar os ora apelantes ao pagamento da quantia de R\$ 450.000,00.

Entendeu a i. Magistrada singular que as rés violaram a cláusula contratual ao instalarem outra lavanderia no mesmo ponto comercial, após o encerramento do contrato de franquia, incidindo a cláusula penal ajustada (fl. 353-357).

Em razões recursais os réus reiteram preliminar de ilegitimidade passiva das pessoas naturais, afirmando que figuraram no contrato como meros representantes legais da pessoa jurídica franqueada, sendo inadmissível sua responsabilização patrimonial.

Quanto ao mérito, aduzem que a cláusula de não concorrência ofende os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, ressaltando que na data da rescisão contratual inexistia outra loja da apelada na cidade de Campo Grande e que na nova lavanderia não foram reproduzidos símbolos ou padrões característicos da autora.

Pedem a reforma integral da r. sentença ou, subsidiariamente, a redução do valor da condenação, invocando a desproporcionalidade e excessividade da cláusula penal, bem como a função social do contrato (fl. 361-374).

Preparo e porte de remessa e retorno em fl. 362-364.

Contrarrazões em fl. 379-389 pela preclusão da preliminar levantada e manutenção da r. sentença.

Anota-se a existência de agravos retidos interpostos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

pelos réus contra indeferimento de contraditas (fl. 233 e 235).

É o relatório do essencial.

O recurso é tempestivo: a disponibilização da r. sentença ocorreu em 6 de fevereiro de 2013 e o protocolo se deu aos 22 do mesmo mês (fl. 360v-361), último dia útil inserido na quinzena legal.

I — AGRAVO RETIDO

Os agravos retidos não são conhecidos porque não reiterados nas razões recursais.

II — APELAÇÃO

II.1. ILEGITIMIDADE PASSIVA DAS PESSOAS NATURAIS

A ilegitimidade “ad causam” é matéria de ordem pública e, portanto, cognoscível em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Assim, embora a preliminar tenha sido afastada em primeira instância, não tendo sido devolvida a matéria ao órgão colegiado em adequado recurso de agravo, não sofre os efeitos da preclusão.

Conhece-se, pois, da questão prejudicial, mas nega-se-lhe provimento.

Não obstante os argumentos dos apelantes, não figuram as pessoas físicas como meros representantes legais da ex-franqueada, mas também como franqueados (no primevo contrato) e fiadores (fl. 32-63).

Ora, para que o título executivo judicial produza efeito em relação aos fiadores é imprescindível que tenham participado do processo de conhecimento, oportunizando-se o contraditório e a ampla defesa.

Ademais, o período de interdição previsto na cláusula trigésima — cujo descumprimento é causa da aplicação da cláusula penal — aplica-se não somente à pessoa jurídica franqueada, como também aos seus sócios.

Não houve, pois, desconsideração da personalidade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

jurídica, como afirmam em razões recursais.

As pessoas físicas demandadas participaram da formação do contrato, sendo legítima a inclusão no polo passivo e a responsabilização patrimonial.

Destarte, seja na qualidade de “sócios-operadores” (ou representantes legais) ou de fiadores, sua inclusão no polo passivo é legítima.

Com esses fundamentos, rejeita-se a preliminar.

II.2 —CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

A cláusula trigésima é clara quanto ao período de interdição de dois anos, aplicável à franqueada e aos sócios operadores, sob pena de incidência de cláusula penal correspondente a dez vezes o valor da taxa de franquia vigente na data do efetivo pagamento (fl. 53).

Ao contrário do que defendem os autores, a Maioria da Turma Julgadora entende que a exigência de “quarentena” não é abusiva, não ofende o direito ao livre exercício da profissão ou da livre iniciativa, mas protege a franqueadora da concorrência desleal.

Ora, ao contratarem a franquia, os réus passaram a ter conhecimento do “segredo do negócio” da franqueadora, que fez investimento financeiro na obtenção do know how. Esse conhecimento foi transmitido aos franqueados, mediante treinamento e orientação disponibilizados para desenvolvimento da atividade de lavagem de roupas, à água e a seco.

O conhecimento naturalmente é agregado no ser humano.

Assim, é evidente que ao continuar operando na área os sócios operadores não se desfarão daquele conhecimento.

Assim, o período de interdição exclusivamente para a área afeta ao objeto da franquia é legalmente permitido, tal como se dá no trespasse de estabelecimento empresarial.

Trata-se de um período de desvinculação do empreendedor da atividade empresarial, visando proteger aquele que investiu na consolidação da marca e da franquia.

Irrelevante que na data do termo contratual não



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

houvesse, na mesma cidade, outro franqueado da autora, ou loja própria, dada a possibilidade de a franqueadora vir a desenvolver suas atividades em outro estabelecimento empresarial, como de fato veio a ocorrer, conforme informação do perito judicial (fl.325, item 04.01).

Ilógico seria que a franqueadora encontrasse concorrência no mesmo território de atuação, e por isso ela ou seus franqueados fossem prejudicados.

II.3 —CLÁUSULA PENAL

A cobrança da cláusula penal é legítima.

É incontroverso que após o termo final do contrato de franquia (fl. 37, cláusula sexta) — não renovado por desinteresse dos réus — e as três notificações extrajudiciais expedidas pela autora os demandados continuaram operando no mesmo ramo de atividade.

O contrato venceu no ano de 2006 e ainda no ano de 2008 o estabelecimento não havia sido totalmente descaracterizado (fl.75-77), fato confirmado na perícia judicial, que apurou “o uso de mesmos modelos de piso, forro e balcão, uso de equipamentos semelhantes, tais como máquina de lavar a seco (RealStar), mesas de passar e tira-manchas (COCCHI)”, além da semelhança no layout da loja, com idêntica distribuição do balcão, cabideiro eletrônico, mesas de passar e máquinas de lavar (fl. 334).

E mais: depois da propositura da ação os réus continuaram anunciando seu número de telefone e endereço utilizando a marca da autora em lista telefônica do ano de 2009 (fl. 243).

A multa contratual não compensatória é aplicável de pleno direito, desde que constatada a culpa do devedor pela mora, dispensando-se prova do prejuízo do credor (CC, arts. 408, 411 e 416).

Exigível, pois, a multa contratual, não prescrita (CC, art. 206, §5º, I).

No tocante à redução do valor devido por força da cláusula penal, devem ser sopesados a função social do contrato e a equidade.

Leciona Christiano Cassettari nesse sentido:

(...) a redução equitativa da cláusula penal é a forma de permitir que o contrato possa atingir sua função social,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

preconizada no art. 421 do Código vigente, princípio este que foi elevado à categoria de preceito de ordem pública pelo parágrafo único do artigo 2.035 do referido Código”

[in Código Civil Comentado, 6ª ed., Regina Beatriz Tavares da Silva (coordenadora), Saraiva, São Paulo, 2008, p. 369].

Valiosa também a doutrina de Jorge Cesa Ferreira da Silva:

A pena deve ser reduzida equitativamente. Muito embora a 'proporcionalidade' faça parte do juízo de equidade, ela não foi referida no texto e tal circunstância não é isenta de conteúdo normativo. Ocorre que o Juízo de equidade é mais amplo do que o juízo de proporcionalidade, entendida esta como 'proporcionalidade direta' ou 'matemática'. Assim, por exemplo, se ocorreu adimplemento de metade do devido, isso não quer dizer que a pena prevista deve ser reduzida em 50%. Serão as circunstâncias do caso que determinarão. Entrarão em questão os interesses do credor, não só patrimoniais, na prestação, o grau de culpa do devedor, a situação econômica deste, a importância do montante prestado, entre outros elementos de cunho valorativo.

(Inadimplemento das obrigações, São Paulo, RT, 2006, p. 273).

A função social do contrato não significa, porém, que a multa não pode ser aplicada para preservar a pessoa jurídica ré e não acarretar demissões, como sugerem os apelantes.

Significa, sim, que se o escopo da obrigação foi atingido, ou se as obrigações foram cumpridas ainda que a destempo, seria ilegítima a cobrança do valor integral da cláusula penal.

Compulsando os autos, verifica-se que diversas obrigações pós-contratuais não foram cumpridas pelos réus: o uso indevido da marca em lista telefônica três anos depois do término do contrato, a utilização de layout semelhante no interior da loja, e especialmente o confessado e incontroverso desrespeito ao período de interdição.

Houve, pois, reiterado descumprimento das regras pós-contratuais, evidenciando a má-fé da ré.

Entretanto, estabelece o art. 412 do Código Civil que a cominação imposta na cláusula penal não poderá ultrapassar o valor da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

obrigação principal, sendo nulo de pleno direito o excesso.

E, no caso concreto, o valor da obrigação principal é a taxa de franquia vigente na data do efetivo pagamento da cláusula penal.

Nesse contexto, a multa estipulada em R\$ 450.000,00 mostra-se excessiva, motivo pelo qual esta Turma Julgadora a limita a R\$ 45.000,00, parâmetro esse estipulado pela franqueadora na exordial.

Deste entendimento afasta-se a Exm^a. Sr^a. Desembargadora-Revisora, que apresenta sua divergência com os seguintes fundamentos:

Data venia do entendimento do Nobre Relator, ousou divergir quanto à legitimidade da cláusula em que se estabelece o período de interdição de concorrência por dois anos, sob pena de incidência de cláusula penal correspondente a dez vezes o valor da taxa de franquia, por ofender o direito ao livre exercício da profissão e da livre concorrência.

Perfilho-me ao entendimento de que a cláusula de não concorrência prevista no Contrato de Franquia Empresarial, no tocante à restrição da Franqueada e/ou os Sócios Operadores em exercerem atividade congênere ou concorrentes ao NEGÓCIO FRANQUEADO, por si ou interposta pessoa, antes do transcurso do prazo de 2 (dois) anos, contado da rescisão do instrumento, (cláusula n. 30 – fls. 53), em que pese parte da doutrina e jurisprudência em sentido oposto, no meu sentir é inválida, porque implica na violação dos princípios constitucionais da atividade econômica, bem como do fundamento da República Federativa do Brasil à livre iniciativa (art. 170 e art. 1º, IV, da CRFB); quer com relação aos terceiros (consumidores – cliente) que contratam os “serviços” da empresa ou pessoa que, em tese, sofrem com a restrição.

Em primeiro lugar, a hipótese em testilha, a priori, não se configura concorrência desleal, conduta caracterizada como prática ilícita pela Lei 9.279/76 (Lei de Propriedade Industrial), ao estabelecer proteção à livre concorrência.

Ora, o art. 195 da LPI elenca hipóteses de concorrência desleal no sentido de envolver a pessoa do empresário (atividade, nome e estabelecimento) que afeta diretamente a clientela de outrem, utilizando-se de ações fraudulentas para desviá-la para si.

Nesse sentido, leciona o eminente mestre João da Gama



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Cerqueira nos seguintes termos: "vemos que o Código de Propriedade Industrial, além dos atos que sujeita à sanção penal, entre os quais o emprego de meios fraudulentos para desviar a clientela alheia, toma em consideração, para os efeitos civis, outros atos de concorrência desleal, procurando caracterizá-los, não pela sua natureza, mas pela sua finalidade. Se é certo que essa fórmula não pode ser tomada como noção legal de concorrência desleal, ela permitira, pelo menos, estabelecer a classificação sistemática dos atos geralmente compreendidos naquela expressão".

Continua o jurista ao dispor sobre classificação dos atos descritos no art. 195 da LPI, se reportando ao então Código da Propriedade Industrial (Decreto-Lei Nº 7.903 de 27 de agosto de 1945): "adotando o mesmo método, estabelecemos a seguinte classificação, que ao nosso ver mais se aproxima de nossa lei: a) meios tendentes a criar confusão entre estabelecimentos comerciais e industriais ou entre produtos e artigos postos no comércio (Código, art. 178, parág. Único), aos quais se empregaram os serviços oferecidos ao público por uma empresa ou estabelecimento; b) meios tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios (denegrimiento) (Código, art. 178, parágrafo único); c) aliciamento e suborno de empregados; d) divulgação ou exploração de segredos de fábrica e divulgação ou utilização de segredos de negócio; e) violação de contrato" (Tratado da Propriedade Industrial, Volume II, Tomo III, parte III, 2010, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 277 e 283).

Ou seja, a despeito do elenco de situações objetivas previstas no art. 195, da LPI, ter-se-á que a lei visa reprimir menos a natureza da conduta e mais a finalidade de concorrência desleal, o que, definitivamente não é possível caracterizar nos autos; até porque o d. perito colcluiu que: "01-de maneira geral, na vistoria, não foram constatadas características que identifiquem a requerente (5 à SEC), a disposição dos equipamentos, apesar de se dar de maneira parecida com o projeto da requerente, pode dispor-se de tal modo a favorecer o aproveitamento das instalações elétricas e hidráulicas previamente realizadas; 02 – Elementos tais como piso, forro e balcão de atendimento, foram constatados como iguais nos dois estabelecimentos, porém não são suficientes para identificação da autora no empreendimentos da requerida" (fls. 335 – grifei).

Acerca da modalidade de concorrência desleal na



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

modalidade “violação de contratos”, especifica o renomado autor a relativização de disposição absoluta da cláusula de “interdição de concorrência” em caso que vai além das disposições contatuais de um contrato Franquia, ora em comento, senão propriamente ao contrato de trespasse de estabelecimento comercial, em que a clientela, juntamente com os demais elementos do estabelecimento comercial, compõe o próprio objeto da transação a ser realizada, in verbis, “na venda de estabelecimentos comerciais ou industriais, obrigando-se o vendedor a não se estabelecer de novo com o mesmo gênero de comércio ou indústria. É a chamada cláusula de interdição de concorrência (...) A interdição de concorrência, porem, não pode ser absoluta no tempo e no espaço, porque importa violação da liberdade de profissão e de trabalho, considerando-se nula ou ineficaz a cláusula que estabelece sem nenhuma restrição, salvo quando o contrato e as circunstâncias de fato oferecem elementos seguros que permitam ao juiz, interpretando a vontade das partes, estabelecer a sua limitação” (idem, p. 288, nosso grifo).

Cabe acrescentar ainda que tal cláusula, por implicar em renúncia a direitos, deve ser interpretada estritamente, conforme ensina Nestor Duarte, no comentário ao art. 114 do CC, “O novo Código mencionou-a (a renúncia) expressamente para, ao lado dos negócios jurídicos benéficos, determinar que sua interpretação seja estrita. Dá-se a renúncia quando o titular manifesta a vontade desfazer-se do direito ou não o aceitar. Várias são as hipóteses, como a renúncia ao direito de propriedade (arts. 209 e 211), à herança (art. 1.806). Inclui-se entre os modos de extinção subjetiva de direitos, pois não depende de aceitação de outra pessoa, mesmo que eventualmente dela se beneficie” (Código Civil Comentado, Cezar Peluzo (coord.). Barueri: Manole, 2008, p. 100).

Nesse sentido, guardada semelhança ao caso em análise, prestígio do seguinte aresto proferido por este Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo: “PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. VENDA DE PRODUTOS E SERVIÇOS EM NOME DE EMPRESA DE TELEFONIA CELULAR. EXTINÇÃO DO CONTRATO AO TÉRMINO DO PRAZO DE VIGÊNCIA, ANTECEDIDA DE NOTIFICAÇÃO EM TEMPO OPORTUNO. AÇÃO INIBITÓRIA. PLEITO VOLTADO À DETERMINAÇÃO DA OBSERVÂNCIA DE CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL ESPECÍFICA, VEDADA A INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DA RESTRIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA RECONHECIDA. RECURSO



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

PROVIDO. O contrato foi extinto ao fim do prazo de vigência, ante a expressa manifestação de vontade, por parte da ré, quanto à não prorrogação. A cláusula que impede a prestadora de serviços de contratar com outra empresa concorrente e fazer uso do mesmo local de comercialização é relacionada, tão somente, às situações de resolução (o que pressupõe culpa) e denúncia do contrato antes do esgotamento do prazo de vigência. Não havendo previsão específica para a situação verificada, não tem a autora fundamento para impor à ré obediência de qualquer limitação, não sendo possível dar interpretação extensiva a estipulações específicas de limitação” (TJSP, Apel. 0101632-17.2010.8.26.0100, Rel. ANTONIO RIGOLIN, 31ª Câmara de Direito Privado, j. em 14.08.2012).

Em segundo lugar, o principal elemento para a empresa prestadora de serviço é, sem dúvida, a “clientela” angariada ao longo de seu período; logo, impedir que determinada empresa continue atuando no seguimento para qual foi constituída é extinguir sua própria finalidade social, conduta reprovável no nosso ordenamento jurídico.

Ora, dentre os elementos imateriais do estabelecimento comercial temos o aviamento e a clientela, de modo que a noção de aviamento está, sem dúvida, ligada à noção de clientela, que é o conjunto de pessoas que, de fato, mantêm com o estabelecimentos relações continuadas de procura de bens e de serviços e que constitui exatamente a manifestação externa do aviamento.

Até porque se pode firmar que tanto a clientela quanto ao aviamento não podem ser objeto isoladamente de alienação de um estabelecimento empresarial. Ambos são essenciais para a existência da empresa e só têm validade enquanto a empresa e o estabelecimento estão em exercício de suas funções. Desse modo, a procura da empresa pelos clientes é inerente à sua atuação empresarial em mercado e compõe elemento do estabelecimento comercial.

Nesse sentido, lecionam Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro (Curso Avançado de Direito Comercial, 4ª ed., São Paulo: RT, p. 104): “o aviamento é indissociável do estabelecimento empresarial, pois o empresário reúne os diversos elementos do estabelecimento com um claro objetivo, qual seja a obtenção de lucros. Ora, é o aviamento justamente essa qualidade atribuída ao estabelecimento – a qualidade de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

gerar lucros (...) Existe uma ligação íntima entre o aviamento e a clientela, uma vez que esta nada mais é do que o resultado do aviamento. Se o aviamento é a aptidão, a qualidade de gerar lucros, esses lucros somente advirão com a existência de um conjunto de pessoa que são atraídas ao estabelecimento à procura de bens e serviços. Quanto mais aviado o estabelecimento, maior sua clientela. A clientela, assim é um dos fatores do aviamento”.

Por fim, em que pese o voto do relator ter abrandado a ordem judícia, no sentido de limitar a multa contratual ao valor da taxa de franquia, tal medida é ainda penosa porque difícil para empresa-ré resistir ou impedir a procura dos clientes ou, pior, o Judiciário controlar eventual violação da ordem proclamada.

Pelo exposto, pelo meu voto, daria provimento ao recurso das rés para julgar improcedente a ação, carreando à autora com custas e despesas processuais, além da verba honorária fixada em 10% sobre o valor corrigido da causa.

Em razão do exposto, por votação unânime, não se conhece o agravo retido. Por maioria de votos, dá-se parcial provimento ao recurso para reduzir a multa contratual para R\$ 45.000,00, atualizável pela Tabela Prática do E. Tribunal de Justiça desde a data da r. decisão de primeiro grau, acrescida de juros moratórios contados da citação. Vencida a Desembargadora Revisora que daria provimento em maior extensão e, pelo seu voto, julgaria improcedente a ação.

RICARDO NEGRÃO
RELATOR



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2015.0000058465

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0119030-06.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante 5 A SEC DO BRASIL FRANCHISING LTDA, são apelados LAVARE PRESTO SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES S/C LTDA e GUSTAVO FRANÇA BORTOLOTTI.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso, para afastar a prescrição e julgar parcialmente procedente o pedido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente sem voto), PEREIRA CALÇAS E ENIO ZULIANI.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2015

CLAUDIO GODOY

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

APELAÇÃO CÍVEL

Processo n. 0119030-06.2012.8.26.0100

Comarca: São Paulo

Apelante: 5 À SEC DO BRASIL FRANCHISING LTDA.

Apelados: LAVARE PRESTO SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES S/C LTDA.
e GUSTAVO FRANÇA BORTOLOTTTO

Juiz: Dr. Luis Edurado Medeiros Grisolia

Voto n. 8.841

Franquia. Cobrança de valores em atraso devidos pelo franqueado, lucros cessantes, danos morais e cláusula penal compensatória em razão do fechamento prematuro do estabelecimento franqueado, entre outros descumprimentos alegados. Prescrição. Inaplicabilidade do prazo prescricional trienal. Inteligência do inciso V do § 3º do art. 206 do Código Civil. Interrupção do prazo, ademais, pela apresentação anterior de reconvenção com a mesma finalidade e realizada intimação do adverso. Lapso prescricional do art. 206, § 5º, I, do CC não transcorrido. Parcial procedência. Falta de pagamento e descumprimentos contratuais incontroversos. Exceção de contrato não cumprido não configurado. Inexistência de compensação. Lucros cessantes devidos em razão do fechamento antecipado da unidade. Cláusula penal pelo descumprimento específico da cláusula de não concorrência e de outras obrigações particulares que é devida. Base de cálculo alterada, sob pena de potestatividade. Redução, ademais, que se imporia nos termos do art. 413 do CC. Danos morais inexistentes. Sentença revista. Recurso provido em parte para afastar a prescrição e julgar parcialmente procedente o pedido.

Cuida-se de recurso interposto contra sentença (fls. 238/243 e 251/252) que, ao argumento de ter transcorrido o prazo quinquenal do art. 206, § 5º, I, do CC, desde a data em que os franqueados comunicaram a franqueadora do encerramento de suas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

atividades e do desfazimento do contrato, reconheceu a prescrição da pretensão de franqueadora de ver os réus condenados ao pagamento dos royalties e da contribuição ao fundo de propaganda em atraso, relativos ao período em que o estabelecimento ficou aberto; dos lucros cessantes consistentes nos royalties e da contribuição ao fundo de propaganda que seriam devidos durante o prazo de vigência do contrato; de indenização por danos morais em razão do fechamento prematuro e desautorizado do estabelecimento; e da cláusula penal em razão do descumprimento das cláusulas de sigilo e de não concorrência, além de outros descumprimentos contratuais específicos.

Sustenta a vencida, em sua irresignação, que o prazo prescricional deve ser contado desde a data de término do contrato, 23 de março de 2008, pois foi celebrado pelas partes em março de 2003, com prazo determinado de vigência de cinco anos, não tendo concordado com a resilição por meio da notificação dos réus de abril de 2004 e nem eles logrando êxito na demanda que propuseram para resolver o ajuste; que sua pretensão nasceu apenas com o descumprimento do contrato pelos réus e que tomou o cuidado de propor sua demanda após o trânsito em julgado da demanda proposta pelos réus; que comprovado documentalmente o descumprimento do contrato pelos réus, havido fechamento prematuro do estabelecimento fraqueado e abertura de novo negócio concorrente, causando-lhe danos materiais e morais. Subsidiariamente, reclama da verba honorária arbitrada, no equivalente a mais de R\$ 130.000,00.

Recurso regularmente processado e respondido.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

É o relatório.

Respeitada a convicção do I. Juiz prolator da sentença recorrida, não se acede à conclusão por seu intermédio externada.

Em primeiro lugar, segundo se entende, inaplicável o prazo trienal do artigo 206, parágrafo 3º, inciso V, do CC, a hipóteses de responsabilidade civil contratual.

Reconhece-se, é certo, que a questão seja polêmica. Para um esboço das posições antagônicas acerca do assunto, ainda que defendendo a mesma tese que aqui se espousa, vale conferir: **Gabriel Seijo Leal de Figueiredo. Pretensão indenizatória fundada em responsabilidade contratual: inaplicabilidade do prazo prescricional de três anos. In: *Temas relevantes do direito civil contemporâneo. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. Coord.: Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni; Fernando Rodrigues Martins. Atlas. 2012. p.174-185.**

Mais, reconhece-se ponderável o argumento de que o preceito citado, do atual CC, nenhuma distinção contém. Poder-se-ia mesmo acrescentar que, se fosse para se efetuar alguma diferenciação, seria para se tratar de maneira mais gravosa, portanto com prazo prescricional maior, a responsabilidade civil extracontratual, por exemplo, como se indica na disciplina legal da mora (v. art. 398 do CC e sua previsão de que ela se constitua *ex re*, posto ausente liquidez do valor reparatório, desde a prática do ilícito).

Tem-se, porém, seja outra a questão a

considerar. E ela está, fundamentalmente, na constatação do termo inicial de contagem da prescrição num e noutro caso, o que justifica, antes de mais nada, o prazo maior de prescrição nos casos de responsabilidade civil contratual.

É que, nestas situações, o fato que determina o início do curso do lapso de prescrição é, já por si, o do inadimplemento, independentemente da concreta ciência que dele tenha o credor, porquanto de antemão sabe do termo e deve estar atento à satisfação de seu interesse. Como adverte José Fernando Simão, *“se o credor conhece ou não o fato de o devedor ter descumprido a avença firmada, isso não reflete no início do prazo prescricional. Em realidade, na hipótese de inadimplemento da obrigação contratual, a lei presume que o credor terá a diligência de cuidar de seu maior interesse: o adimplemento contratual.”* (**Tempo e direito civil. Prescrição e decadência. Tese de Livre-Docência apresentada na Faculdade de Direito da USP. São Paulo. 2011. p. 278**)

Diferentemente, contudo, nos casos de responsabilidade civil extracontratual, o prazo de prescrição somente começa a correr desde quando o credor toma efetiva ciência do dano que lhe foi impingido pelo agente. E o que se pode estender por muito tempo depois da ocorrência em si. Ainda segundo a ponderação do mesmo autor acima citado, *“para fins de responsabilidade civil extracontratual, a noção de Savigny de actio nata deve ser afastada. Em se tratando de direito disponível no qual não houve negligência ou inércia do titular do direito que desconhecia a existência do próprio crédito e, portanto, a possibilidade de exercício da pretensão, o prazo prescricional só se inicia com o efetivo conhecimento.”* (**Op. cit., p. 279**). E justamente por isso que, nestas situações, o prazo é mais

curto.

A respeito, calha a lição já antiga de Câmara Leal. Para o autor, exatamente estes casos, em que a prescrição não corre antes da ciência da violação do direito, atraem prazo mais curto. Nas suas palavras, *“é bem de ver que essa doutrina da contagem do prazo da prescrição da data da ciência da violação deve ser limitada às prescrições de curto prazo, porque, nas de prazo longo, a própria ignorância da violação, pelo titular, denota negligência, indicando o abandono em que deixou a coisa, objeto da violação, a ponto de ter sido violada e ele o ignorar por longo tempo.”* (*Op cit.*, p. 35)

Não por diverso motivo o direito português, por exemplo, estabeleceu, no artigo 498 do CC, igual prazo de três anos para a pretensão indenizatória, contados da *“data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete”*, mas, note-se, *“sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo a contar da data do facto danoso.”* Ou seja, a exata distinção de prazo, maior ou menor, conforme sua contagem se dê do fato ou da ciência do fato (v., a respeito: **Menezes Cordeiro. Tratado de direito civil. Parte geral. Almedina. 2011. v. V. p.201**). Mais, igualmente o que, naquele sistema, faz distinta a prescrição para as hipóteses de responsabilidade contratual, de regra ordinária, por isso que inaplicável o prazo especial trienal. Como salientam Pires de Lima e Antunes Varela, comentando o artigo 498, *“o prazo prescricional fixado nesse artigo é inaplicável à responsabilidade contratual.”* (**CC anotado. 4ª ed. Coimbra Ed. 1.987. v. 1. p. 505**).

Ademais, acrescentando ainda outro

argumento a justificar a distinção, ponderam os mesmos autores que, “do contrário, ficariam a coexistir, injustificadamente, dois prazos de prescrição para a responsabilidade *ex-contractu*: um prazo (de vinte anos) para a prescrição do direito à prestação convencionada e outro (três anos) para a prescrição do direito a indenização pelo incumprimento.” (**Idem, ibidem**).

E este mesmo argumento também se trouxe ao direito brasileiro, na interpretação da regra do artigo 206, parágrafo 3º, inciso V, do CC. A propósito, a lição sempre citada de Humberto Theodoro Júnior: “quando a norma do art. 206, par. 3º, inciso V, fala em prescrição da ‘pretensão de reparação civil’ está cogitando da obrigação que nasce do ato ilícito *stricto sensu*. Não se aplica, portanto, às hipóteses de violação do contrato, já que as perdas e danos, em tal conjuntura, se apresentam com função secundária. O regime principal é o do contrato, ao qual deve aderir o dever de indenizar como acessório, cabendo-lhe função própria do plano sancionatório. Enquanto não prescrita a pretensão principal (a referente à obrigação contratual) não pode prescrever a respectiva sanção (a obrigação pelas perdas e danos). Daí que enquanto se puder exigir a prestação contratual (porque não prescrita a respectiva pretensão), subsistirá a exigibilidade do acessório (pretensão ao equivalente econômico e seus acessórios legais). É, então, a prescrição geral do art. 205, ou outra especial *in concreto*, como a quinquenal do art. 205, par. 5º, inciso I, que, em regra, se aplica à pretensão derivada do contrato, seja originária ou subsidiária a pretensão.” (**Comentários ao novo CC. Coord.: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3ª ed. Forense. 2005. v. III. t. II. p. 333**).

Sintomático que, identicamente no direito italiano, a mesma distinção de prazo, ordinário (art. 2.946) e especial



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

quinquenal (art. 2.947), chamado pela lei bem de *prescrição curta*, se faça, respectivamente, para a prescrição da ação de responsabilidade contratual e extracontratual (cf.: **Massimo Bianca**, *Diritto civile. La responsabilità. Giuffrè. 1994. v. 5. p. 548*: “*il diritto al risarcimento del danno da inadempimento si prescrive nell’ordinario termine decennale, mentre il diritto al risarcimento del danno da illecito civile si prescrive di regola in 5 anni (2947 cc)*”; no mesmo sentido: **Pietro Trimarchi**. *Instituzioni di diritto privato. Giuffrè. 2007. p. 360*: “*l’azione per il risarcimento del danno derivante da um illecito extracontrattuale si prescrive, di regola, in cinque anni...Invece, l’azione per il risarcimento del danno da inadempimento si prescrive, di regola, in dieci anni: art. 2946 cod. civ.*”).

De se realçar que esta diferenciação vem sendo recebida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o que se pode conferir *in*: **STJ, Resp. n. 1.276.311, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 20.09.2011; Resp. n. 1.297.607, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 12.03.2013**.

Depois, ainda que se entenda quinquenal o prazo prescricional aplicável ao caso, tem-se que interrompida a prescrição nos termos do artigo 202, I, do Código Civil, não transcorridos, desde então e até o ajuizamento, em junho de 2010, cinco anos.

De outro lado, mesmo se em tese considerado o prazo quinquenal do artigo 206, § 5º, I, do Código Civil, tem-se que as pretensões veiculadas pela franqueadora – de condenação dos franqueados ao pagamento de royalties e de contribuição de propaganda, a título de dados emergentes e de lucros cessantes, e ao pagamento de cláusula penal compensatória e de indenização por danos morais em razão de alegado

descumprimento de obrigações contratualmente assumidas – a ele não se submetam.

Em primeiro lugar, não parece se tratar de “dívidas líquidas”, pois os royalties e a taxa de propaganda seriam devidos, conforme as correspondentes cláusulas contratuais (cláusulas 3ª e 4ª – fls. 39), em importe equivalente a 5% e a 2%, respectivamente, do faturamento bruto mensal dos franqueados. Da mesma forma, as cláusulas penais em tese devidas foram pactuadas em importe “*equivalente a 10 (dez) vezes o valor da maior taxa inicial de franquia vigente à época do efetivo pagamento*” (cláusula 30ª – fls. 55) e “*equivalente a 3 (três) vezes o valor da Taxa Inicial de Franquias vigente à época*” (cláusula 31ª – fls. 55/56).

Quer dizer, no caso, não se dá a saber de antemão o valor supostamente devido e ele não se alcança por meio de meros cálculos aritméticos a partir de critérios e valores constantes do instrumento.

E, como anota Nestor Duarte, “*pelo atual Código, qualquer dívida resultante de documento público ou particular, tenha ou não força executiva, submete-se à prescrição quinquenal, contando-se do respectivo vencimento. É necessário, porém, que a dívida seja líquida, cuja definição a lei não repetiu, mas vinha, com propriedade, definida no art. 1.533 do CC/1916: 'Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto'. Sendo ilíquida a obrigação, não se aplica essa regra; porém, não se considera ilíquida a dívida cuja importância, para ser determinada, depende apenas de operação aritmética*” (CC Comentado, 8ª ed., Coord: Cezar Peluso, Manole, 2014, p. 135)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Depois, seria mesmo duvidosa a subsunção ao preceito normativo da cobrança da cláusula penal incidente em caso de descumprimento das obrigações de sigilo e de não concorrência, pois a existência do crédito, isto é, em última análise, o descumprimento das obrigações dos réus não decorre necessariamente do instrumento contratual, ou ao menos não se prova, no caso, mediante “*instrumento público ou particular*”.

Porém, ainda nada disso valesse e se tomasse o prazo quinquenal, de todo modo a prescrição teria sido interrompida. Com efeito, a ora apelante apresentou reconvenção com finalidade idêntica à da presente demanda em junho de 2004 (fls. 144/150), extinta sem resolução meritória em agosto de 2005 (fls. 151/153), desde então reiniciado o prazo prescricional.

Observe-se, em atenção à regra do *caput* do artigo 202 do CC, que consta nunca ter sido efetivada a notificação extrajudicial de abril de 2004 (fls. 59/65), já não fosse a controvérsia sobre sua aptidão para interromper o lapso prescricional (v. neste Tribunal, de um lado, admitindo a interrupção: **Agravo de Instrumento 0016292-12.2013.8.26.0000, Rel. Theodureto Camargo, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 29/05/2013; Apelação 0001659-95.2010.8.26.0486, Rel. Souza Lopes, 17ª Câmara de Direito Privado, j. 20/02/2013; Apelação 0001666-87.2010.8.26.0486, Rel. Fabio Tabosa, 22ª Câmara de Direito Privado, j. 13/12/2012; Apelação 9106371-20.2009.8.26.0000, Rel. Cardoso Neto, 14ª Câmara de Direito Privado, j. 28/11/2012; Apelação 9165950-93.2009.8.26.0000, Rel. Maria Lúcia Pizzotti, 20ª Câmara de**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Direito Privado, j. 22/10/2012; Apelação 0031990-89.2011.8.26.0562, Rel. José Reynaldo, 12ª Câmara de Direito Privado, j. 07/11/2012; Agravo de Instrumento 0084852-40.2012.8.26.0000 , Rel. Moreira Viegas, 5ª Câmara de Direito Privado, j. 03/10/2012; Apelação 9111334-42.2007.8.26.0000, Rel. Geraldo Xavier, 14ª Câmara de Direito Público, j. 29/03/2012; Apelação 0003144-72.2009.8.26.0452, Rel. Erson de Oliveira, 17ª Câmara de Direito Privado, j. 29/02/2012; Apelação 0052267-57.2010.8.26.0564, Rel. Natan Zelinschi de Arruda, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 15/12/2011; Apelação 0011862-24.2009.8.26.0625, Rel. Clóvis Castelo, 35ª Câmara de Direito Privado, j. 29/08/2011; Apelação 990.09.255864-1, Rel. Adilson de Araujo, 31ª Câmara de Direito Privado, j. 24/08/2010; Apelação 7.249.790-8, Rel. Tersio Negrato, 17ª Câmara de Direito Privado, j. 28/07/2008; e, de outro: Agravo de Instrumento 0037926-64.2013.8.26.0000, Rel. Luiz Ambra, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 29/05/2013; Apelação 9123176-48.2009.8.26.0000, Rel. Lino Machado, 30ª Câmara de Direito Privado, j. 08/05/2013; Apelação 0004404-74.2008.8.26.0597, Rel. Rômolo Russo, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 18/04/2013; Apelação 0001811-46.2010.8.26.0486, Rel. Donegá Morandini, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 12/03/2013; Apelação 0003736-26.2010.8.26.0309, Rel. Eros Piceli, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 25/02/2013; Apelação 0009595-58.2010.8.26.0071, Rel. Júlio Vidal, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 29/01/2013; Apelação 0002113-24.2010.8.26.0309, Rel. Castro Figliolia, 12ª Câmara de Direito Privado, j. 30/01/2013; Apelação 0153274-63.2009.8.26.0100, Rel. Erson de Oliveira, 17ª Câmara de Direito Privado, j. 28/11/2012; Apelação 0039393-35.2008.8.26.0071, Rel. Hélio Nogueira, 34ª Câmara de Direito Privado, j. 17/09/2012; Apelação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

9200586-85.2009.8.26.0000, Rel. Edgard Rosa, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 29/08/2012; Apelação 0197280-24.2010.8.26.0100, Rel. Donegá Morandini, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 21/08/2012; Apelação 9217674-73.2008.8.26.0000, Rel. João Pazine Neto, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 07/08/2012; Apelação 0048965-57.2010.8.26.0002, Rel. Spencer Almeida Ferreira, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 13/06/2012), e posto se adira à corrente de que admite este efeito à notificação extrajudicial.

Assim, de um modo ou de outro, não transcorrido o prazo comum decenal ou o quinquenal, considerada a interrupção, afasta-se prescrição.

Assente-se, ainda a respeito do decurso do tempo desde o fechamento do estabelecimento franqueado, em abril de 2004, que a franqueadora não se manteve inerte, simplesmente, e nem consta ter acedido ao término do reajuste, assim não se cogitando de *venire contra factum proprium*, estando pendente demanda proposta pelos autores para ver resolvido o contrato por descumprimento da franqueadora desde dezembro de 2003 até pouco antes do ajuizamento (fls. 106/155), mas que foi ao final desacolhida (Apelação 7.045.174-4/00, Rel. Campos Mello, 22ª Câmara de Direito Privado, j. 05/08/2009).

Por isto afastada a prescrição ou óbice ao exame do pleito. E impõe-se desde logo dele se conhecer, de resto para o fim de se o acolher, posto que em parte. Nem é demais relembrar sabido que, afastada a prescrição ou a decadência, o Tribunal pode apreciar o pedido, propriamente (v.g. **STJ, Resp. 409.811, j. 13.04.2004**). Não se olvide que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

prescrição e decadência são preliminares *de* mérito, e não *ao* mérito. E, de mais a mais, hoje, mesmo quanto a estas últimas, uma vez afastadas em grau recursal, ainda assim possível conhecer-se do mérito, nos termos do artigo 515, par. 3º, do CPC, desde que se trate de *causa madura* ao deslinde. Assim, com maior razão quando afastadas a prescrição ou a decadência.

No caso concreto, os réus não manifestarem interesse em produzir outras provas (fls. 212/213). Foi indeferida a produção de prova oral (fls. 217), sem recurso e, segundo se entende, impertinente a realização de perícia para a comprovação dos fatos sobre os quais pende controvérsia.

Com efeito, diante da ausência de impugnação específica dos réus, restou incontroverso o não pagamento dos royalties e da taxa de propaganda; o ingresso de novo sócio na sociedade franqueada sem anuência da franqueadora; o encerramento irregular das atividades no estabelecimento franqueado; a falta de envio de informações sobre o faturamento dos franqueados; o desrespeito à preferência da franqueadora em assumir o ponto comercial e adquirir os equipamentos da franquia; e a violação à cláusula de não concorrência mediante abertura de outro estabelecimento no mesmo ramo, firmado contrato de franquia com terceiro.

As teses defensivas articuladas são de que a franqueadora não cumpriu sua obrigação de entregar equipamentos para o funcionamento do estabelecimento; de que compensadas eventuais dívidas de royalties e fundo de propaganda com débito no importe de R\$ 90.918,30

confessado pela franqueadora em execução movida pelos réus; de que não comprovados os lucros cessantes e os danos morais, estes sobretudo diante da já desgastada imagem da franqueadora ao perder o selo de aprovação da Associação Brasileira de Franchising e ao figurar em diversas reportagens jornalísticas desabonadoras; de que reconhecido em outras demandas a culpa da franqueadora e a obrigação de indenizar os franqueados, incluindo lucros cessantes; de que não comprovada a violação às cláusulas de sigilo e de não concorrência; e de que nunca divulgou ou utilizou informações sigilosas da franqueadora, até porque as informações necessárias para atuação no ramo de lavanderia estão disponíveis no mercado.

Pois bem. De início, não se demonstrou o descumprimento de obrigações da franqueadora de modo a configurar a exceção de contrato não cumprido. E lembre-se de que os réus não se interessaram pela dilação.

E, seja como for, o que se alega é que a franqueadora havia retardado, mas ao final entregue, equipamento necessário para a realização da atividade de lavandeira franqueada.

A obrigação, assim, que se afirma descumprida é o pagamento de verdadeiro mútuo que se concedeu à franqueadora para que o equipamento fosse importado e entregue aos franqueados, o que nem bem parece impedir o cumprimento do contrato de franquia e, de todo modo, foi objeto de demanda executiva.

E nem se olvide que, a despeito da demora no cumprimento de obrigação assumida em pré-contrato de maio de 2002 (fls.

14/34), o contrato de franquia foi normalmente firmado em março de 2003 (fls. 35/58), assim indicando que a mora não chegou a inviabilizar o negócio em contraste com o completo encerramento das atividades e descumprimento de obrigações que se imputa, sem controvérsia, aos réus.

Não por outro motivo é que a demanda proposta pelos réus a fim de ver resolvido o ajuste por culpa da franqueadora, em razão do mesmo descumprimento ora ventilado, foi desacolhida em primeiro grau (fls. 151/153) e confirmada a sentença por este Tribunal, *verbis*:

Assentada essa premissa, cabe agora assinalar que o autor celebrou pré-contrato com a ré (cf. tis. 188), mas depois foi constituída pessoa jurídica, que firmou contrato de locação imobiliária, com a finalidade de instalação do estabelecimento franqueado (cf. fls. 217). Os equipamentos, o autor os adquiriu de uma empresa indicada pela ré (cf. fls. 223). Mas não há nenhuma evidência de que tal aquisição tenha sido fruto de erro ou de omissão dolosa da apelada. É que está a salvo de controvérsias que, na ocasião, havia a opção de compra direta, tal como consta da oferta de franquia (cf. fls. 78). De qualquer modo, as agruras relacionadas à importação do equipamento, inclusive concernentes ao saque indevido de duplicata, constituiriam causa de formulação de pedido de resolução ou indenização, mas que deveria ser endereçado à importadora, que não é parte no processo. Não podem, assim, servir de supedâneo ao presente pedido de resolução. Releva notar, além do mais, que, celebrado o pré-contrato pelo autor, a avença definitiva foi, porém, firmada, pela pessoa jurídica que ele constituiu (cf. fls. 552).

De resto, os percalços relacionados à instalação dos equipamentos e ao funcionamento do estabelecimento foram

superados. Tanto é assim que na notificação copiada a fls. 556/557, enviada pelo apelante e pela pessoa jurídica por ele constituída para operar o empreendimento, foi assinalado como razão determinante do encerramento das atividades do estabelecimento o baixo faturamento, o qual, segundo o afirmado, demonstra claramente a inviabilidade do negócio. Isso significa, em última análise, que a razão primordial da cessação das atividades empreendidas pelo recorrente não foi o problema ocorrido na fase inicial do negócio, mas a rentabilidade inferior à esperada. Depois disso, o autor fechou as portas do estabelecimento, o que motivou reclamações de consumidores (cf. fls. 711 e 716).

O mais importante, contudo, é que, em rigor, a presente demanda foi mal ajuizada. O pré-contrato já não subsiste no mundo jurídico. Ele constitui promessa mútua de ser celebrado outro contrato, tal como prevê o art. 462 do Código Civil. Exaure-se, portanto, no momento em que a avença definitiva é, por seu turno, celebrada. E foi isso o que aconteceu na espécie (cf. fls. 529/552). A empresa controlada pelo autor e a ré cumpriram o pré-contrato, ao L ser firmado o de franquia. Assim, desde março de 2003, as relações jurídicas são regidas pelo contrato de franquia e não tem cabimento pedido de resolução de pré-contrato, se foi cumprido seu escopo básico, a celebração do contrato de franquia. Tampouco tem sentido pleito de devolução da taxa paga no momento da celebração da avença preliminar, se como visto, ela foi voluntariamente cumprida tanto pelo autor, quanto pela ré.

De resto, se os fatos ocorridos na vigência do contrato preliminar fossem da magnitude só ressaltada pelo autor na inicial, no concernente ao alegado descumprimento do princípio da boa-fé objetiva, eles o teriam levado a postular o desfazimento do pré-contrato, já na ocasião. Em vez disso, o que se constata é que o autor celebrou o contrato definitivo, certamente porque entendeu vantajosa tal opção. Na ocasião, não considerou que a ré houvesse agido de forma a

prejudicar a continuidade de seu negócio. O princípio da boa-fé objetiva constitui sim cláusula geral de qualquer regime contratual. Mas não pode ser invocado com base em fatos anteriores à celebração da avença definitiva. Impõe-se, em consequência, a conclusão de que foi bem decretada a improcedência.”

Igualmente não se há de cogitar de compensação dos valores devidos pelos franqueados com débito que, como se disse, foi objeto de feito executivo satisfeito mediante transação das partes e que não consta ter sido descumprida (v. fls. 170/174).

Daí porque, nunca negado o não pagamento, só resta acolher o pedido inicial para o fim de condenar os réus ao pagamento dos royalties e da contribuição ao fundo de propaganda em atraso, desde o início da vigência do contrato até a data de fechamento do estabelecimento franqueado, mediante apuração em liquidação, corrigidos pelo IGP-M e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês desde a citação e de multa de 10%, nos termos da cláusula 28ª do contrato (fls. 55).

Note-se ainda que demanda proposta pelos réus, segundo consta, tinha por finalidade somente invalidar a duplicata mercantil sacada pela autora e seu respectivo protesto, além de condenar a franqueadora ao pagamento de indenização por lucros cessantes em razão do atraso na entrega dos equipamentos.

Quer dizer, não se discutiu e nem a sentença dispôs sobre a exigibilidade ou não dos valores, aliás sem que se saiba se mesmo as duplicatas invalidadas se referiam aos mesmos períodos ora



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

cobrados. Confira-se a parte dispositiva da sentença:

“Ante todo o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos de conhecimento para declarar a inexistência das duplicatas emitidas em desfavor da autora para a cobrança de royalties e determinar o cancelamento dos respectivos protestos, além de condenar as rés à reparação dos danos emergentes, fixados em R\$ 11.891,90, e dos lucros cessantes, consistentes no ganho que a autora razoavelmente deixou de obter no período compreendido entre 01 de outubro (data prevista para a inauguração e início das atividades, como informado pela própria demandante) e 23 de março de 2003 (data da entrega do maquinário importado), em virtude da impossibilidade de, no exercício de seu objeto social, utilizar as máquinas compradas, cujo valor será apurado em oportuna liquidação de sentença, devendo todo o débito ser acrescido de correção monetária desde a propositura da ação e acrescidos de juros de mora desde a citação por se tratar de ilícito contratual (1º TACivSP - AP nº 824.636-8-SP - 11ª Câm. - rel. Juiz Melo Colombi - j. 21.06.2001 - v.u). Em virtude da sucumbência, imponho à demandada o pagamento das custas e despesas processuais, atualizadas monetariamente desde os respectivos desembolsos, e da verba honorária do advogado da autora, que, com fundamento no artigo 20, §3º, do Código de Processo Civil, considerando o grau de zelo do patrono da autora e o tempo exigido para o seu serviço, arbitro em 15% (quinze por cento) sobre o débito total atualizado. JULGO também PROCEDENTES os pedidos cautelares para o fim de tornar definitivas as tutelas liminarmente concedidas, englobando a parte dispositiva da sentença à condenação das demandadas nos encargos da sucumbência acima explicitados. Defiro, ainda, o levantamento da caução prestada nos autos das ações cautelares, liberando-se a garantia em favor da autora. Após o trânsito em julgado, expeçam-se ofícios aos Tabeliães de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Protesto de Letras e Títulos para as providências de estilo necessárias ao cancelamento dos protestos. P.R.I” (fls. 89/90)

A título de lucros cessantes, evidencia-se o valor das contribuições que a autora receberia se o contrato continuasse sendo cumprido. Ou seja, o que a franqueadora deixou de auferir com a normal execução do contrato (art. 402 do CC), assim devidos pelos réus o pagamento dos royalties e da contribuição ao fundo de propaganda desde o fechamento da unidade até o fim da vigência contratual. E ausente específica impugnação quanto ao seu importe, no total de 7% do faturamento bruto médio mensal obtido até o fechamento, observado o reajuste anual de 20% postulado na inicial. Sobre estes valores incidirão juros moratórios de 1% ao mês desde a citação e correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal desde a data de fechamento da unidade, mas sem multa moratória, porque outra é a causa jurídica da condenação.

Diante da incontrovérsia, ainda, de que descumpridas as obrigações contratuais indicadas nos itens *c*, *e* e *g* de fls. 5 da inicial, como também (item *f*) a abertura de novo estabelecimento no mesmo ramo, mediante nova franquia, o que constitui evidente afronta pacto de não concorrência (cláusula 22ª), ainda durante dois anos, apenas questionada a obrigação de manter sigilo sobre o *know-how* próprio da franquia, assim o que foi controvertido e não demonstrado, também faz jus à autora à cobrança da cláusula penal. E nem se cogita de indevida cumulação com os lucros cessantes porque a previsão se refere à segurança e descumprimento de obrigações particulares, específicas, não relacionadas à interrupção das atividades. E sem que seja preciso provar prejuízo para

cobrar o seu valor (artigo 416, *caput*, do Código Civil).

Mas, quanto à base de seu cálculo, tem-se que realmente potestativa a previsão (cláusulas 30ª e 31ª) de que equivalente a multiplicação da maior taxa de franquia cobrada pela franqueadora quando de seu pagamento pelo franqueado infrator, inexistente, no caso, qualquer parâmetro pré-estabelecido ou mesmo explicado para a fixação da taxa de franquia.

No entanto, reconhecida a potestativade na fixação da base de cálculo, devem as referidas cláusulas ser integradas, obedecendo-se à intenção das partes, apenas que se respeitando o valor previamente fixado e informado aos franqueados correspondente à taxa de franquia que ele próprio pagou, de R\$ 38.000,00.

Mas, ainda assim, e o que já seria suficiente para o não acolhimento do valor tal qual pleiteado a este título na inicial, não se entende de acolher os importes de três e dez vezes este valor. É que, mesmo sob o pálio da legislação comum, não se pode olvidar do equilíbrio contratual que anima os ajustes, especialmente bilaterais sinalagmáticos. E um dos mecanismos que evita o desequilíbrio é a refutação à abusividade, no caso da cláusula penal que se levou ao texto expresso do artigo 413 do CC.

Tem-se no preceito legal típico corolário dos princípios do equilíbrio e da boa-fé objetiva que hão de permear as relações negociais, posto que paritárias, mas antes de tudo por imperativo constitucional (art. 3º, I, da CF/88), assim autorizada a redução da cláusula penal, e mesmo de ofício (**Enunciado 356 do CEJ**).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Por isto é que se reduz a cláusula penal a 30% do valor da taxa de franquia paga pelos réus, para a cláusula 31^a, e a 100% deste valor, para a hipótese da cláusula 30^a, observada a gravidade de cada infração, ficando os réus condenados ao pagamento destes valores, corrigidos desde a contratação e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês desde a citação.

Frise-se, de outro lado, que a previsão do parágrafo único da cláusula 26^a do ajuste (fls. 54) nem constou de pedido expresso na inicial, em contraste com os demais valores pleiteados (v. fls. 09/10), observada a regra do artigo 293 do Código de Processo Civil, de todo modo compreendendo-se o descumprimento na cláusula penal já arbitrada.

Por fim, não restou demonstrado dano extrapatrimonial à pessoa jurídica autora em razão do encerramento prematuro das atividades no estabelecimento franqueado de responsabilidade dos réus, do que não decorre necessariamente abalo à sua imagem perante o público consumidor.

Em razão da sucumbência recíproca, mas menor da autora, responderá ela por 1/3 das custas e os réus pelos 2/3 restantes e por honorários, já compensados, de R\$ 10.000,00, sabido que os percentuais do parágrafo 3º do artigo 20 do CPC podem ser desconsiderados se de sua aplicação resulta importe ínfimo ou, ao contrário, excessivo, como no caso presente (v.g. **STJ, AgRg no Resp. 817.928, j. 06.06.2006; Resp. 18.647, j. 11.11.1992; Resp. 954.841, j. 01.04.2008**). Os honorários serão corrigidos desde o acórdão e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

desde o trânsito em julgado.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL**
PROVIMENTO ao recurso, nos moldes acima declinados.

CLAUDIO GODOY
relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2015.0000239899

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 1025962-14.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MULTIFRANQUIAS FRANCHISING LTDA EPP (ATUAL DENOMINAÇÃO) e EMAGRECENTRO FRANCHISING LTDA EPP (ANTIGA DENOMINAÇÃO), são apelados ARACI PEDRONI HERBELHA e INSTITUTO DE EMAGRECIMENTO CORPO IDEAL LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente) e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 10 de abril de 2015

RAMON MATEO JÚNIOR

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 6123

Apelação nº 1025962-14.2014.8.26.0100

Apelantes: Multifranquias Franchising Ltda. EPP e Outro

Apelados: Araci Pedroni Herbelha e Outro

Comarca: São Paulo

Juiz Sentenciante: Claudio Antonio Marquesi

CONTRATO DE FRANQUIA – Autora que figura como franqueadora de rede de clínicas de emagrecimento e de estética, sob a marca EMAGRECENTRO – Celebração de dois contratos de franquia com a ré, em 2010, com vigência por cinco anos – Distrato do contrato em dezembro/2012 – Ré que, no início de fevereiro de 2011, constituiu a empresa INSTITUTO DE EMAGRECIMENTO CORPO IDEAL, com serviços relacionados à estética, emagrecimento e beleza – Verificação, nos autos, que, além de atuar no mesmo ramo, e próximo a uma franquia da EMAGRECENTRO, a empresa-ré utiliza tratamentos semelhantes, flyers e publicidades idênticas – Manifesta possibilidade de induzir o consumidor a erro – Caracterização de concorrência desleal e de descumprimento do contratado – Sentença de improcedência reformada – Ré que deverá respeitar o contrato firmado, abstendo-se de usar o sistema e o modelo do negócio da autora, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00, no prazo improrrogável de sessenta dias, a contar da publicação deste acórdão, não sendo o caso de fechamento da empresa-ré – Condenação da ré, ainda, ao pagamento da multa contratual de R\$ 100.000,00, cujo valor mostra-se adequado e razoável para a hipótese em tela – Apelo parcialmente provido.

Multifranquias Franchising Ltda. EPP (atual denominação de Emagrecentro Franchising Ltda. EPP) ajuizou ação de obrigação de fazer, em face de Instituto de Emagrecimento Corpo Ideal Ltda. e Araci Pedroni Herbelha. Aduz violação da ré, Araci, em relação ao contrato de franquia firmado com a autora para a abertura de duas unidades em Barueri e São Paulo, após o repasse das referidas unidades, por operação de um estabelecimento de

prestação de serviços semelhante à franquia autora na cidade de Santo André. Alega ainda que a empresa ré divulgou publicidades idênticas às veiculadas pela franqueadora e utilizou medicação exclusiva da rede em seus tratamentos. Requer a concessão de tutela antecipada, determinando o fechamento da empresa Instituto de Emagrecimento Corpo Ideal Ltda., bem como a obrigação de não fazer, em respeito ao contrato firmado, abstenção de uso do modelo de negócio da franqueadora, pagamento de multa contratual e royalties pelo uso do *know how* da franquia. Atribui à causa o valor de R\$ 100.000,00.

As rés ofertaram pedido contraposto, requerendo seja a autora condenada por danos morais.

A ação foi julgada improcedente, e o pedido contraposto não foi acolhido, nos termos da sentença de fls.146/149.

Apela a autora, alegando haver a ré atuado por longo período com duas unidades franqueadas, recebendo o *know how* para a operação; e, por opção da sócia, foram repassadas a terceiros ainda quando em funcionamento. Constatou que a ré opera um estabelecimento que presta serviços relacionados à estética, emagrecimento e beleza, em Santo André, denominado *Instituto de Emagrecimento Corpo Ideal Ltda.*, cujo início das atividades ocorreu em fevereiro/2011, ocasião em que a ré ainda era uma franqueada da Rede Emagrecentro. Esse fato viola a cláusula de não concorrência, e outras obrigações contratuais, que protegem o *know how*, a marca e padrão de negócios (*trade dress*). Acrescenta haver expressa cláusula de não

concorrência, cuja delimitação territorial compreende 80 quilômetros de qualquer centro de estética da rede, além da delimitação temporal; certo que a empresa inaugurada em Santo André dista 218 metros de outra franqueada da Emagrecentro, com o intuito evidente de desvio de clientela. Obtempera que a atuação no segmento deveria se dar mediante exploração de empresa com mesmo ramo de atuação, estética, e não com empresa idêntica e mediante o uso das mesmas técnicas de marketing, tratamentos, sem qualquer distinção. Esclarece que o material publicitário utilizado pela ré assemelha-se àqueles impressos pela Rede Emagrecentro. Pontua que o tratamento de emagrecimento oferecido não é comum às demais clínicas do ramo. Insiste que não apenas os procedimentos como também os dizeres dos panfletos são praticamente idênticos. Houve cópia do *know how*, além de utilização de medicamento de uso exclusivo da apelante. Assinala que a ata notarial é válida e possui credibilidade. Requer, pois, a reforma da sentença

Efetuada o preparo, o recurso foi processado e contrariado.

É o relatório.

Extraí-se dos autos ser a autora-apelante franqueadora de uma rede de clínicas de emagrecimento e estética, sob a marca *EMAGRECENTRO*.

A ré, de seu turno, atuou como franqueada da *Rede Emagrecentro*, tendo firmado dois contratos de franquia

para abertura de duas unidades: uma, na cidade de Barueri; e, outra, na cidade de São Paulo. Esta última, na Avenida do Oratório, que se localiza no Bairro Parque São Lucas.

Dentre as obrigações assumidas, destaca-se a de não concorrência, estabelecida na cláusula 34 dos Contratos de Franquia, assim redigida: *“A FRANQUEADA se obriga, por si e por seus sócios, durante a vigência deste Contrato e, no prazo de 02 (dois) anos do seu término ou rescisão, a não participar, como sócia, acionista, agente, funcionário ou diretor de qualquer outra empresa concorrente e que atue no mesmo segmento de mercado do Sistema EMAGRECENTRO de Franchising, sob pena de, o fazendo, incorrer na indenização prevista na cláusula 31.1 acima.”* (fls. 40).

Funda-se a presente demanda na alegada violação das cláusulas de não concorrência e de confidencialidade.

Assinala, para tanto, que, as unidades de franquia geridas pela ré, Araci, foram repassadas para terceiros, ainda quando estavam em funcionamento.

Antes mesmo do distrato do contrato de franquia das unidades, em dezembro/2012, a ré passou a operar estabelecimento que presta serviços relacionados à estética, emagrecimento e beleza, sediado em Santo André, denominado *Instituto de Emagrecimento Corpo Ideal Ltda.*, cujas atividades tiveram início em fevereiro de 2011.

Prosseguiu a autora, em sua exordial, com as seguintes observações: o estabelecimento da ré, além de atuar no mesmo ramo, utiliza propagandas de tratamentos

semelhantes, além de *flyers* com publicidade idêntica. Acrescenta que a ré utiliza medicamentos exclusivos da Rede Emagrecentro.

Colocadas as premissas fáticas, passa-se a analisar a questão de fundo.

O contrato de franquia é aquele pelo qual o franqueador autoriza o franqueado, com investimentos próprios, a utilizar sua marca, produtos e serviços.

O franqueador, com efeito, desenvolve um negócio modelo formatado, com padronização visual e de prestação de serviços, concedendo ao franqueado o uso da marca registrada, do nome comercial, logotipo, planos de comercialização, técnicas comerciais, industriais, métodos de serviços, entre outros.

Nesta senda, o franqueado se beneficia com a franquia, pelo fato de manter negócio próprio, com potencialidade de sucesso, ante o conceito e a estrutura prévios do franqueador.

Na hipótese vertente, os contratos de franquia foram firmados, respectivamente, em 27 de janeiro de 2010 e 1º de fevereiro de 2010, com vigência de cinco anos.

De seu turno, a empresa *Instituto de Emagrecimento Corpo Ideal Ltda.*, constituída em 14 de fevereiro de 2011 (fls. 68 e seguintes - durante a vigência dos contratos de franquia), também atua no mercado de estética e emagrecimento.

A prova dos autos evidencia haver a ré violado

uma série de obrigações previstas no contrato. Em especial, as cláusulas de não concorrência e de confidencialidade.

Seguiu explorando o mesmo ramo de atividade da empresa franqueada, durante a vigência do contrato de franquia, a despeito de proibição expressa nesse sentido.

Inolvidável haver sido a empresa *Instituto de Emagrecimento Corpo Ideal Ltda.* constituída quando os contratos de franquia firmados com a autora, e as respectivas obrigações contratuais e pós-contratuais, estavam em pleno vigor.

Salta aos olhos que a ré-apelada valeu-se do *know-how* da autora em seu novo empreendimento. Basta considerar os *flyers*, os materiais publicitários (nos quais se antevê, a olhos nus, a similitude de técnicas de emagrecimento - fls. 171 e 172 — *três consultas médicas, acupuntura sem agulhas e indolor, sessões de infra vermelho*), de *slogan* (“*Mude seu corpo em seis semanas*”), os serviços prestados, tratamentos estéticos semelhantes, os padrões do negócio (*trade dress*). Ainda se verifica identidade no preço praticado entre a nova empresa criada pelas rés e aqueles padronizados pela autora.

Conquanto os tratamentos de emagrecimento de clínicas estéticas sigam o mesmo padrão, a identidade e similitude do material gráfico, dos procedimentos estéticos, do método de tratamento, de associação com outros procedimentos, para obtenção do resultado almejado pelo consumidor, entre as empresas litigantes é manifesto.

Evidencia-se que a ré, de forma descabida e

indevida, simplesmente copiou os tratamentos desenvolvidos pela autora, em sua nova empresa.

O comportamento da ré-apelada, à toda evidência, implica em irrecusável concorrência desleal. Valeu-se dos parâmetros empresariais transmitidos, de boa-fé, pela autora, com o nítido propósito de confundir os consumidores, a fim de capitar a clientela respectiva.

A cláusula de não-concorrência tem por fim evitar a prática de comportamentos abusivos, tal qual o retratado nos autos.

Eis que, com escusas pela reiteração, sendo o sistema de franquia estabelecido, formatado e desenvolvido pelo franqueador, o franqueado, durante e ao término da relação contratual, detém enorme gama de informações e conhecimentos técnicos transferidos em caráter confidencial pelo franqueador.

A imperiosa necessidade de proteção do negócio pelo franqueador está, inclusive, referendada na Lei de Franquia, no art. 3º, inciso XIV, *verbis*:

Art. 3º. Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma Circular de Oferta de Franquia, por escrito e com linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações:

(...)

XIV - situação do franqueado, após a expiração do contrato, em relação a:

a) know how ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia; e

b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador.

A finalidade última do legislador foi resguardar os segredos dos negócios do franqueador, derivados do contrato de franquia, contra a concorrência leal.

A ré-apelada tinha pleno conhecimento acerca das restrições, obrigações e responsabilidades derivadas dos contratos firmados com a autora, especialmente por força da objetividade e clareza da redação da cláusula 34.

Incontestável, pela documentação acostada aos autos, que a ré, vem explorando o mesmo seguimento da franquia contratada, com flagrante violação da cláusula de não concorrência.

Há, ainda, indícios nos autos que a ré valeu-se de medicamento de uso exclusivo da autora, denominado *Octalab* (fls. 60), o que, aliás, está sendo objeto de apuração no âmbito penal (Inquérito Policial n. 505/2013).

No que se refere à previsão contratual de vedação, pelo prazo de dois anos contados do término do contrato, para exercício de atividade análoga ou afim à franquia, o entendimento das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, com o qual comunga este Relator, é no sentido de não se tratar de manipulação opressora para fins de dominação do mercado e não ser excessivo o prazo (Agravado de Instrumento n. 0168948-22.2011.8.26.0000, Rel. Des. Ênio Zuliani).

Só por esse prisma, portanto, já seria o caso de acolhimento do pleito deduzido pela autora.

Não bastasse isso, expressa a cláusula de delimitação territorial, compreendendo 80 quilômetros de qualquer centro de estética da rede de franquias Emagrecentro (cláusula 34.3).

A despeito da extensão dessa cláusula, que poderia ser discutida, em tese e em princípio, o fato é que a empresa idealizada pela ré situa-se a aproximadamente 200 metros de outra unidade da Emagrecentro (fls. 165). Embora em outro Município, situa-se na mesma região metropolitana (ABC).

Nada justifica, neste passo, a atuação da ré durante a vigência do contrato de franquia, ao inaugurar nova empresa, de idêntico ramo, com a mesma modelagem e os mesmos tratamentos.

Essa atitude configura autêntica usurpação da marca franqueada.

É certo que a ré, acuada pela iniciativa da autora de ajuizar a presente ação, afirmou a existência de inúmeras pendências e insatisfações que inviabilizaram a manutenção do negócio.

Não se sustentam tais assertivas, entretanto. Eis que, em se tratando de ação de obrigação de fazer, para que fossem analisadas essas questões, era mister que a ré ofertasse reconvenção. Não o fez.

Sobreleva notar que o *pedido contraposto* deduzido pela ré, além de não enfrentar temas relativos ao descumprimento do contrato de franquia, não foi acolhido pela sentença, contra a qual não insurgiu a ré.

Deverá, portanto, a ré abster-se de usar o sistema e o modelo de negócio, os tratamentos e procedimentos, o material publicitário, *know how*, obtidos pelo contrato de franquia celebrado com a autora, no prazo improrrogável de sessenta dias, a contar da publicação deste acórdão, sob pena de pagamento de multa diária correspondente a R\$ 5.000,00, limitado ao valor da multa contratual, de R\$ 100.000,00.

A cominação da multa diária se faz necessária, face ao seu caráter coercitivo e sua finalidade de estimular o cumprimento da decisão judicial.

Não é o caso, entretanto, de fechamento da empresa Instituto de Emagrecimento Corpo Ideal. Apenas não poderá manter a imitação da marca e dos procedimentos da autora.

Restou estabelecida multa contratual pelo descumprimento da avença: *“Cláusula 31. A parte que causar prejuízo a outra, em razão da inobservância de quaisquer dos termos e condições do presente instrumento, fica obrigada a indenizar a parte inocente por todas as perdas e danos a que esta vier a dar causa. Cláusula 31.1: para os efeitos da cláusula 31 acima, e dada a natureza imaterial da marca EMAGRECENTRO ora licenciada, estipulam as partes, desde já, a título de perdas e danos pré-fixados o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) pela infração ao disposto na cláusula 3 acima, no item (viii) da cláusula 22 acima e cláusulas 33 e 34 abaixo, a ser reajustada na menor periodicidade permitida por lei, com base na variação do índice de preços ao consumidor – IPC, ocorrida entre a data da*

assinatura deste Contrato e a data do seu efetivo pagamento.”

Fica a ré, com efeito, condenada ao pagamento da multa contratualmente prevista, de R\$ 100.000,00, acrescidos de correção monetária e juros de mora, contados a partir da citação, por não se revelar exorbitante ou abusiva, em razão dos fatos narrados nos presentes autos.

Sobre esse aspecto, mister consignar que a condenação da ré ao pagamento de *royalties* pelo uso do *know-how* da autora-apelante pelo período em que a empresa-ré permaneceu aberta está inserida na multa acima mencionada, por se tratar de pré-fixação de perdas e danos.

Por fim, ante a inversão do julgado, deverão os réus arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação, tendo em vista que a autora decaiu em apenas parte do pedido (art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

Ante o exposto, DÁ-SE PARCIAL ao apelo.

RAMON MATEO JUNIOR

Relator